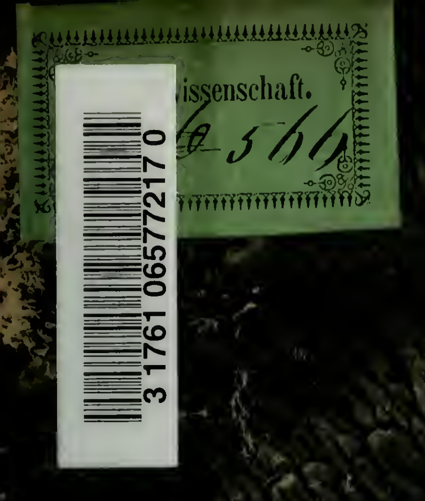
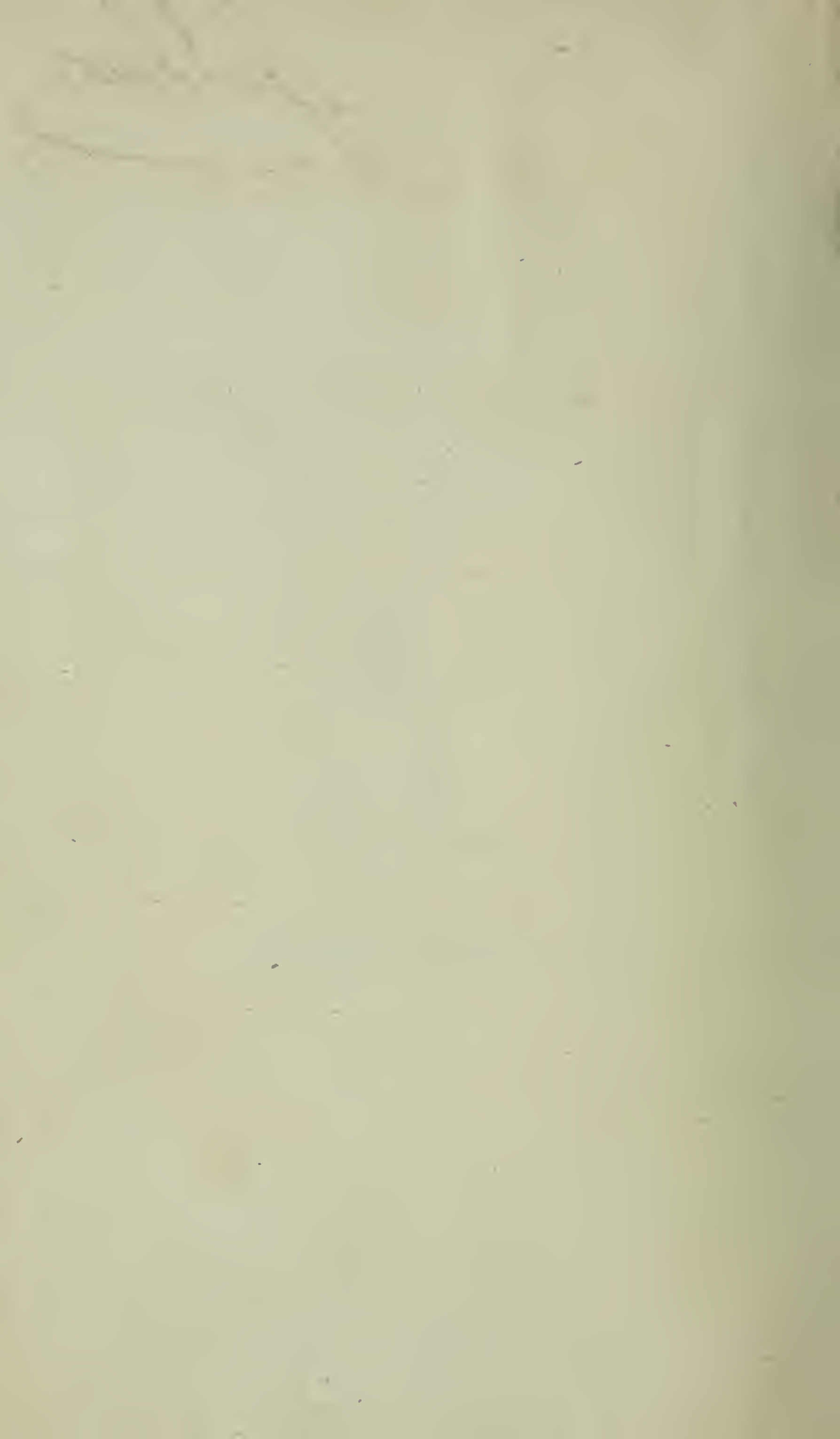


issenschaft.
3 1761 06577217 0



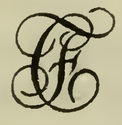
Rechtsgrundsätze

vom

Commissionshandel,

von

Dr. Georg Carl Treitschke,
Königl. Sächsischem Appellationsrathe.





Leipzig, 1839.
Verlag von Carl Focke.



Vorwort.

Der allenthalben verbreitete Commissionshandel erzeugt so manche Rechtsverhältnisse ziemlich verwickelter Art, und es ist mir vorgekommen, als würden dieselben in der handelsrechtlichen Praxis nicht immer mit der gehörigen Klarheit, Sicherheit und Folgerichtigkeit ins Auge gefaßt. Auch hat mir das, was in den das gemeine deutsche Recht darstellenden Lehrbüchern des Handelsrechts über diesen Gegenstand gesagt ist, theils zu kurz, theils zu wenig wissenschaftlich begründet geschienen, um den Bedürfnissen des denkenden Praktikers genügen zu können. Daher übergebe ich dem Publikum die Früchte meines Nachdenkens hierüber, mit dem Wunsche, daß es mir gelungen sein möge, Befriedigenderes zu leisten, und werde mich freuen, wenn dieses Schriftchen eine eben so freundliche Aufnahme findet, als — wie ich mit Dank erkenne — meinem im vorigen Jahre erschienenen „Kaufcontract in Beziehung auf den Waarenhandel" zu Theil worden ist. Aus denselben Beweggründen hervorgegangen und für ähnliche Bedürfnisse desselben Publikums berechnet, kann gegenwärtiges Werkchen gewissermaßen als eine Fortsetzung oder Ergänzung jener Schrift betrachtet

werden. Dies veranlaßt mich denn auch, diese Gelegenheit zur Mittheilung einiger Berichtigungen und Zusätze zu benutzen, welche ich die Besitzer und die Beurtheiler des Buchs „der Kaufcontract" zu berücksichtigen bitte.

Dresden, den 31. Mai 1839.

Treitschke.

Berichtigungen und Zusätze
zu der Schrift:
„der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel."

S. VII. Z. 8. v. u. st. „Besitz" l. Besicht.
— 35. muß Note 2. so lauten: Fr. 12. 13. de contr. emt. vend. 18. 1. Fr. 51. §. 1. de aedil. ed. 21. 1.
— 57. Z. 10. v. u. ist nach dem Worte: „Einwilligung", hinzuzusetzen: innerhalb der Gränzen des Auftrags.
— 83. Note 1. st. „4. 30." l. 26. 2.
— 126. muß Note 1. so heißen: Fr. 13. §. 2. Fr. 14. D. de instit. act. 14. 3.
— 131. Z. 10. v. u. ist nach den Worten: „im Großen" zu setzen: auf individuell bestimmte Waaren.
— 193. Note 1. Z. 2. st. „Es" l. er.
— 208. Z. 7. v. u. st. „andern" l. Andern.
— 218. Z. 10. v. u. ist „auf" wegzustreichen.
— 255. Z. 6. ist nach „Wiederaufhebung des Handels" hinzuzusetzen: nicht.
— 272. Z. 14. 15. v. u. l. st. „111": 112. und statt „112": 113.

Register.

A.

B.

J.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Berichtigung.

S. 24. Z. 8. st. „dieser" l. daher.

Erster Abschnitt.

Von Entstehung der dem Commissionshandel angehörigen Rechtsverhältnisse.

§. 1.

Begriff der Commissionsgeschäfte im Handel und Gegenstand dieser Abhandlung.

Commissions-Handelsgeschäft wird am gewöhnlichsten ein Einkauf oder Verkauf genannt, der in Auftrag eines Andern, daher für dessen Rechnung und Gefahr, jedoch dem Verkäufer oder Käufer gegenüber im Namen des Beauftragten geschieht. Ein solcher Auftrag heißt Einkaufs- oder Verkaufs-Commission, der Beauftragte Commissionär, der Auftraggeber Committent, die so eingekaufte oder zum Verkauf gegebene Waare Commissionswaare[1]. Nur von dieser Art Geschäften soll hier die Rede sein, nicht also von der Besorgung fremder Angelegenheiten anderer Art, die bisweilen auch mit dem Namen von Commissionsgeschäften belegt wird. Namentlich sind nicht Gegenstand dieser Abhandlung die Rechtsverhältnisse solcher Beauftragten zu Einkäufen oder Verkäufen

---

1) Vgl. Pöhls Darstellung des Handelsrechts. Hamburg 1828. Th. I. S. 251. Schiebe Lehrbuch des Handelsrechts, nach Pardessus. Leipzig 1838. S. 459. Anm. 1.

für fremde Rechnung, welche dabei ausdrücklich im Namen des Auftraggebers handeln und so für ihre Personen ganz außer der Vertragsverbindung bleiben, wie dies z. B. bei Factoren, Handlungsgehilfen, Handlungsreisenden, Mäklern der Fall zu sein pflegt. Dergleichen offenkundige Vertreter eines Andern im Handel werden in der Regel nicht Commissionäre genannt. Nur einer gewissen Classe von Agenten wird dieser Name mißbräuchlich beigelegt. Es giebt nämlich auf bedeutenden Handelsplätzen Leute, die ihr Hauptgeschäft daraus machen, die Waaren eines auswärtigen Handlungshauses oder auch mehrer, von welchen sie dazu beauftragt sind, auszubieten und Bestellungen darauf, im Namen jenes Hauses, an welches sie solche dann gelangen lassen, anzunehmen. Werden dergleichen Leute für ihre Bemühungen durch ein fixes Salar belohnt, so sind sie gewöhnliche Handlungsgehilfen oder Diener; gewöhnlicher aber giebt man ihnen, um sie zur Thätigkeit anzufeuern, gewisse Procente von dem Belauf der durch sie eingeleiteten Geschäfte. Dann nennen sie sich Commissionäre. Von ihnen ist jedoch ebenfalls hier nicht die Rede. — Bei diesem Wesen der hier zu betrachtenden Geschäfte kann es nicht zweifelhaft sein, daß die römischen Rechtsgrundsätze vom Mandatscontract, einen einzigen Fall ausgenommen (s. §. 8.), darauf volle Anwendung leiden[2]; ja sie passen darauf in manchen Beziehungen, namentlich was die Verhältnisse der Contrahenten zu dritten Personen betrifft, sogar weit mehr, als auf andre Aufträge, weil eben das Römische Recht immer davon ausgeht, daß der Mandatar gegen den Dritten, mit welchem er in Folge des Auftrags sich in ein Rechtsgeschäft einläßt, für sich selbst Verbindlichkeiten übernimmt und Rechte erwirbt, so daß Beide erst durch

---

2) Püttmann miscellaneor. lib. sing. Lips. 1793. cap. XX. p. 165. Anderer Meinung ist Bender (Grundsätze des engern Handlungsrechts. Darmstadt 1824. Th. I. S. 209.). S. u. §. 3. Note.

Delegation oder Uebertragung auf den Mandanten übergehen können, was bei Aufträgen, die ausdrücklich in dessen Namen ausgeführt werden, heut zu Tage nicht angewendet wird. (S. unten §. 21.) — Uebrigens ist bei den Einkaufs- und Verkaufscommissionen gewöhnlich die Person, von welcher eingekauft oder an welche verkauft werden soll, vom Committenten nicht bestimmt, sondern theils dem Zufall, theils der Wahl des Commissionärs überlassen; doch ist die Anwendbarkeit der nachstehend entwickelten Rechtsgrundsätze durch diese Modalität des Auftrags nicht bedingt.

§. 2.

Nothwendigkeit der Commissionsgeschäfte.

Diese Commissionen sind dem Handel in seiner heutigen Gestalt ganz unentbehrlich. Der Producent und der Fabrikant können fast nie, Kaufleute nicht immer, ohne Versäumniß ihres Geschäfts weite Reisen machen, um auf fremden Plätzen Absatz oder Bezugsquellen für ihre Waaren zu suchen; Beide können diesen Weg mindestens nicht ohne große den Gewinn vermindernde Kosten einschlagen, es sei nun, daß sie solche Reisen selbst unternehmen oder durch Andere (sogenannte Handlungsreisende, Musterreiter) machen lassen. Der durch diese, wie der durch die §. 1. erwähnten Agenten ihnen mitgetheilten Nachfrage ihrer Abkäufer können sie auch immer erst nach Verfluß einiger Zeit genügen, was denselben oft nicht gelegen ist. Gleichwohl ist ein lebhafter Zufluß und Abfluß aus und nach entfernten Gegenden ihnen fast immer unerläßlich nothwendig, da sie meist weder im Stande sind, noch sich begnügen wollen, ihre Erzeugung und ihren Einkauf auf den Betrag der im Voraus bei ihnen gemachten Bestellungen zu beschränken, und da vermöge der Verschiedenheit der klimatischen und industriellen Zustände, welche eben den Handel möglich und nothwendig macht, jede Waare immer an einem Orte vortheilhafter einzu-

kaufen oder zu verkaufen ist, als an dem andern. Jene Gewerbsleute müssen also an den geeigneten fremden Orten zuverlässige Vertreter haben, die für sie die vortheilhaften Conjuncturen zum Einkauf und Verkauf benutzen und insbesondre beim Einkauf in Prüfung der einzuthuenden Waaren die Vorsicht anwenden, die beim Verschreiben derselben von dem Verkäufer unmöglich ist, beim Verkauf aber der Nachfrage im Augenblick zu entsprechen in Stand gesetzt sind. Dazu kommt nun, daß Verkaufscommissionäre bei der Sicherheit, die ihnen die anvertraute Waare dafür giebt, sich leicht dazu verstehen, dem Committenten bis zu einem beträchtlichen Theil ihres Werthes Vorschüsse zu machen, wodurch dieser schnell wieder Geld in die Hände bekommt und zu neuen Unternehmungen verwenden kann. Zu dieser natürlichen Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Commissionen gesellt sich denn oft noch eine conventionelle, wovon unten §. 4. Daß aber der Commissionär bei seinen Einkäufen oder Verkäufen für Rechnung des Committenten nicht in dessen, sondern in seinem eignen Namen handeln müsse, liegt völlig in der Natur der Sache. Die Käufer der Commissionswaaren würden mit dem Anspruche auf richtige Ablieferung und auf Gewähr für etwanige Mängel derselben, die Verkäufer, von denen der Einkaufscommissionär die Waaren entnimmt, mit dem Anspruch auf die Zahlung sich nicht an den entfernten, ihnen meist unbekannten Committenten weisen lassen.

§. 3.

Entgeltlichkeit derselben. Provision.

Dieses unentbehrliche Hilfsmittel der Handlungsgeschäfte würde aber nur sehr spärlich zu Gebote stehen und auf wenige Fälle freundschaftlicher Gefälligkeit beschränkt sein, mithin für den Welthandel im Ganzen kaum in Betracht kommen, wenn dergleichen Besorgungen nicht angemessen gelohnt würden. Dadurch, daß dies geschieht, wird möglich, daß Viele dieselben

zu ihrem Gewerbe machen und desto erfolgreicher betreiben können, daß es daher an Leuten, an die sich der Auswärtige deshalb wenden könne, auf großen Handelsplätzen nie fehlt. Dadurch, daß es allgemein geschieht, wird möglich, daß jeder Kaufmann diese Belohnung bei Berechnung seines Kostenpreises in Anschlag bringen kann und muß, also keiner sie fühlt. Auf der andern Seite wird dieselbe durch die Ersparung der Reisekosten bei weitem aufgewogen. Daher ist die Gewährung eines durch den Handelsgebrauch bestimmten Lohns für dergleichen Geschäfte dermaßen zur Regel geworden, daß die Verbindlichkeit und das Recht dazu präsumirt werden muß, wenn auch ein Versprechen deshalb nicht geleistet worden ist [1]. Diese Belohnung wird Provision genannt und richtet sich nach dem Belaufe des Geschäfts [2]. Sie beträgt nämlich nach allgemeinem Handelsgebrauch in der Regel zwei Procent davon [3]; welcher Betrag also zu verstehen ist, wenn die Parteien nicht ausdrücklich über eine höhere oder niedrigere Provision übereingekommen sind, was ihnen natürlich allemal freisteht.

Dagegen galt das Mandat den Römern nach einem Ausspruche des Paulus [4]) als ein wesentlich unentgeltliches Geschäft und Bezahlung der geleisteten Dienste als mit seiner Natur nicht vereinbar. Dies darf uns jedoch in Anwendung der Römischen Rechtsgrundsätze über das Mandat auf die Commissionsgeschäfte nicht irre machen [5]. Denn auch den Römern

---

1) Dies ist gesetzlich ausgesprochen im Preuß. Landr. Th. II. Tit. VIII. §. 698.

2) So auch Preuß. L. R. a. a. O. §. 699. 701.

3) Büsch Darstellung der Handlung, Ausgabe von Norrmann. Hamburg 1808. Th. I. S. 200. Schiebe a. a. O. S. 461. Anm. 1.

4) Fr. 1. §. 4. D. mand. v. c. 17. 1. Meint Bender mit dem falschen Citat a. a. O. S. 209. Note c. etwa diese Stelle?

5) Glück Erläuterung der Pandekten, Th. 18. S. 73. Pöhls a. a. O. S. 250.

war Geschäftsbesorgung gegen eine Belohnung nicht unbekannt und wird von ihnen in allen Stücken, die nicht unmittelbar diese angehen, nicht anders beurtheilt, als die unentgeltliche [6]). Jener Ausspruch will also vielleicht nur so viel sagen, daß ein Auftrag zu Besorgung von Geschäften gegen Entgelt nicht Mandat zu nennen sei, sondern, wie es in den Institutionen Justinians heißt, in eine andre Art von Contract übergehe [7]); und dieses heißt wohl wieder nur, daß die Formel der **actio mandati** d a n n auf einen solchen Vertrag nicht passe, wenn von Einklagung des Lohnes die Rede sei, vielmehr für dieses nach vollzogenem Auftrag eine **actio extraordinaria** gegeben war [8]); nämlich eine **actio in factum praescriptis verbis e contractu facio ut des.** Denn daß in andrer Beziehung auch bei entgeltlichen Aufträgen (wo nicht etwa gerade die Unentgeltlichkeit selbst der Grund einzelner Rechtssätze ist, wie z. B. unten §. 15. Note 6.) die **actio mandati** angewendet wurde, zeigt vor allen die **c. 1. C. cit.** Daher die Regel: **honorarium non mutat naturam contractus**, die dadurch, daß das Honorar selbst nicht durch die Contractsklage gefordert werden konnte, nicht aufgehoben wird [9]). Sollten aber auch, wie es fast scheint, die klassischen Juristen hier verschiedener Ansicht gewesen sein, so kann uns doch dieser Zwiespalt nicht berühren, da er sich nur um die Frage dreht, wie die Klage aus dem Commissionsgeschäft in jedem einzelnen Falle zu benennen sei, was für uns gleichgiltig ist. Im Wesentlichen aber können wir von einem Contract, der, wie die Commission, alle Kennzeichen des Mandats hat, nicht sagen, daß er durch das Versprechen einer Be-

---

6) Fr. 6. pr. Fr. 7. Fr. 10. §. 9. Fr. 56. §. 3. mand. v. c. c. 1. C. eod. 4. 35.

7) §. 13. I. de mandato 3.

8) Fr. 7. Fr. 56. §. 3. D. mand. v. c. — c. 1. C. eod.

9) Sehr lesenswerth ist hierüber K r i tz, das Pandektenrecht aus den Gesetzbüchern Justinians. Meißen 1837. Th. I. S. 27 f.

lohnung in einen Miethvertrag, einen Innominatcontract, oder ein blos deutschrechtlich zu beurtheilendes Geding übergehe. Denn jede Commission bleibt demungeachtet besonders darin ganz in den Grenzen des Mandats, daß sie, wie Niemand leugnen kann, unter denselben Bedingungen einseitig widerruflich ist. (S. unten §. 16 f.) Der Miethvertrag aber kann bekanntlich nur durch beiderseitige Einwilligung oder durch einen schon im Contract selbst zugestandenen einseitigen Rücktritt aufgehoben werden; und eben dies gilt nach heutigem Recht bekanntlich von den Innominatcontracten und allen andern Verträgen, das Mandat und die Societät allein ausgenommen[10]).

§. 4.
Gesetzliche Bedingungen.

Jede mündige Person, der die freie Verfügung über ihr Vermögen zusteht, kann Commissionen zum Einkauf und Verkauf ertheilen. Zur Uebernahme davon werden diese Eigenschaften insofern nicht erfordert, als der Committent, der sich einem sie entbehrenden Menschen anvertraut hat, dessen auftragsgemäße Handlungen jedenfalls genehmigen muß, obwohl er wegen der auftragswidrigen ihn selbst nicht in Schädenanspruch nehmen kann[1]). Dagegen wird die Fähigkeit zur Uebernahme von Verkaufscommissionen durch die Gesetze oder Statuten mancher Handelsplätze insoweit beschränkt, als darnach nicht

---

10) Es kann also nicht davon die Rede sein, „das liebe Römische Recht" hier erst „herbeizuziehen", wie Bender a. a. O. sagt, sondern es macht sich von selbst geltend als unser gemeines Recht für alle den Römern wie uns bekannte Verhältnisse. Uebrigens sind solche frivole Ausfälle gegen das Recht des juristisch hochgebildetsten Volks der Geschichte so lange des Rechtsgelehrten höchst unwürdig, als wir, in Ermangelung eines kaum zu hoffenden allgemeinen deutschen Gesetzbuchs, uns Glück wünschen müssen, daran ein gemeines deutsches Recht zu besitzen.

1) Fr. 19. D. de R. I. 50. 17.

Jedermann, sondern nur wer zur kaufmännischen Innung gehört, mit dem Verkauf oder doch mit dem Einzeln-Verschleiß (Detailhandel) von Waaren sich beschäftigen darf[2]) und wenn er es thut, in Strafe verfällt. Dies hat jedoch nicht die Wirkung, den Vertrag zwischen dem Committenten und Commissionär ungiltig zu machen. Zwar kann dieser nicht angehalten werden, etwas zu leisten, was ihm gesetzlich verboten ist; aber er muß deshalb den Committenten entschädigen, wenn z. B. der günstige Zeitpunkt zum gewinnbringenden Verkauf darüber versäumt worden ist. Denn der Rechtssatz, daß Jeder es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er mit unfähigen Personen contrahirt[3]), ist hier nicht anwendbar, wo die Unfähigkeit des Commissionärs diesem besser bekannt sein muß als dem Committenten, und noch dazu meist in auswärtigen Localeinrichtungen sich gründet, deren Kenntniß von dem Committenten nicht verlangt werden kann.

Die gedachten Zunfteinrichtungen der Kaufleute erzeugen oft eine künstliche Nothwendigkeit der Commissionsgeschäfte für den Verkauf auch unter Leuten, die an demselben Platze wohnen, indem dadurch Jeder, Nichtkaufmann oder Nichtkramer, der einen Vorrath von Waaren ins Geld zu setzen wünscht, besonders wenn dies zu Herbeiziehung von Käufern in einem offnen Gewölbe, oder wenn es durch Einzelverkauf geschehen soll, gezwungen ist, sich dazu eines Kramers oder Kaufmanns als Mittelsperson zu bedienen.

§. 5.

Von Ertheilung und Uebernahme der Commissionen.

Der Commissionsvertrag, als Mandat, wird vollendet und für beide Theile verbindlich durch bloße gegenseitige Erklärungen, wodurch der Committent seinen Auftrag ertheilt und der

2) Püttmann a. a. O. S. 166 f.

3) Fr. 19. cit.

Andre ihn übernimmt. Dasselbe müssen indeß auch Diejenigen annehmen, welche in diesem Rechtsgeschäft einen blos deutschrechtlich klagbaren Vertrag erblicken. Die Verbindlichkeit ist jedoch nicht wesentlich zweiseitig. Seiten des Commissionärs tritt sie sofort unbedingt ein, wenn nicht etwa zuvörderst vom Committenten etwas geschehen muß, um jenen zu Ausführung des Auftrags in Stand zu setzen, wie z. B. bei Commissionen zum Verkauf im Einzelnen die Waare vor Allem in die Hände des Commissionärs gebracht sein muß, ehe er sie verkaufen kann. Seiten des Committenten hingegen wirkt die Ertheilung des Auftrags allemal nur eventuelle und bedingte Verbindlichkeiten.

Zwischen Personen, die an verschiedenen Orten wohnen, also in dem gewöhnlichsten Falle des Commissionsgeschäfts, kommt es selten mündlich zu Stande. Ein reisender Kaufmann pflegt zwar wohl Verbindungen mit auswärtigen Handlungshäusern anzuknüpfen in der Art, daß er sie im Allgemeinen bewegt, ihm Commissionen zu ertheilen oder die seinigen zu übernehmen. Daraus entstehen aber noch auf keiner Seite Verbindlichkeiten bestimmten Inhalts, wenn gleich Versprechungen dieser Art, sie seien nun schriftlich oder mündlich ertheilt, für den Schaden verantwortlich machen können, der durch ihnen zuwiderlaufende Verweigerung der Uebernahme einzelner Aufträge in der Folge entstehen mag. Diese einzelnen Aufträge hingegen werden fast immer durch Briefe gegeben. Sobald nun der Empfänger eines solchen Briefs darauf geantwortet hat, daß er zu Ausführung des Auftrags bereit sei, ist er dazu auch verbunden. Will er sich demselben nicht unterziehen, so verlangt es zwar die kaufmännische Ordnung, daß er dies dem Committenten mit umgehender Post zu wissen thue. Aber diese Sitte der Kaufleute hat keinesweges die Eigenschaft eines Gewohnheitsrechts [1]), da

1) Wie Glück Erläut. der Pand. Th. 15. S. 246 und die das. Note 21. Angeführten geglaubt.

es an allen gesetzlichen Erfordernissen eines solchen fehlt. Denn weder die Gleichmäßigkeit des Verhaltens in allen bisherigen Fällen, noch daß Die, welche so gehandelt, es aus der Ueberzeugung, dazu verpflichtet zu sein, gethan, steht nachzuweisen. Eine strenge Verbindlichkeit findet also hier nicht Statt, und es kann aus bloßer Unterlassung des Abschlagens mit umgehender Post oder auch aus einem viel längern Schweigen, Einwilligung und Verpflichtung, den Auftrag auszuführen, nicht gefolgert werden [2]. Neuerlich hat man das Gegentheil ganz allgemein behauptet [3] und sogar im Römischen Recht begründet zu finden geglaubt [4]; nämlich in einer Stelle des Paulus [5], worin es heißt: **Et quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renunciaverit se non emturum, — mandati actione teneri eum convenit**; so wie gleich vorher: **renunciari autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi.** In diesen Worten, meint man, sei deutlich ausgesprochen, daß der Empfänger eines Auftrags ihn entweder ausführen oder ungesäumt, d. h. so zeitig als es des Mandanten Interesse erfordert, ablehnen müsse. Man übersieht aber dabei die den letztgedachten unmittelbar vorhergehenden Worte: **Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renunciatum sit**, welche das Ganze einleiten und den Grundsatz aussprechen, der im Folgenden erläutert und angewendet wird. Hiernach setzt das **renunciare** einen schon (durch Erklärung des Empfängers) übernommenen Auftrag voraus, bezieht sich also nicht auf anfängliches Ablehnen, sondern auf

2) Fr. 8. §. 1. D. d. procur. 3. 3. Hommel Rhaps. obs. 411.

3) Bender a. a. O. §. 93. S. 210.

4) Kritz Pandektenrecht, Th. I. S. 37. Nr. 9. u. S. 58.

5) Fr. 22. §. 11. mand. v. c.

nachmaliges Aufkündigen, und es ist klar, daß Paulus auch im Folgenden nur hiervon spricht. (S. unten §. 17.) — Damit soll jedoch nicht geleugnet werden, daß die Uebernahme, auch ohne ausdrücklich gegen den Committenten erklärt zu sein, also stillschweigend, zu erkennen gegeben werden könne durch Handlungen, die den Ertheiler des Auftrags in die Meinung versetzen müssen, daß er auf dessen Ausführung durch den von ihm dazu Erwählten sich verlassen könne. Es müssen dies aber solche Handlungen sein, die eine andre Auslegung nicht zulassen[6]; wie zum Beispiel, wenn der zum Verkauf einer gewissen Waare Beauftragte diese in den Zeitungen öffentlich ausbietet oder den Verkauf gar schon theilweise beginnt.

Man hat auch gefragt, ob, wenn Waaren ohne Erklärung der dabei gehegten Absicht übersendet werden, solche für zum Kauf angeboten oder für Commissionswaaren zu halten seien? Einige waren für Letzteres, außer wenn die Waaren auf Verlangen des Empfängers gesendet worden[7]). Dieser Ausnahme ist nun wohl unbedingt beizupflichten; außerdem aber muß wohl der bisherige Gebrauch der beiden Parteien die Entscheidung geben, es also darauf ankommen, ob sie in dieser Art Waaren bisher Properhandel oder Commissionshandel mit einander trieben; fehlt dieser Anhalt, so ist weder die Absicht des Verkaufs, noch der Commission anzunehmen, sondern ein bloßes Depositum, und der Empfänger darf auf keine Weise über die Waare disponiren, ohne erst über die Willensmeinung des Einsenders angefragt und Antwort erhalten zu haben.

---

6) Schweppe Röm. Privatrecht Th. I. §. 113.

7) Brokes observ. forens. n. 66. Püttmann miscell. pag. 171.

Zweiter Abschnitt.

Rechte und Verbindlichkeiten des Commissionärs und Committenten.

§. 6.

Von Ausführung der Commissionen.

Jeder Auftrag ist entweder gemessen, d. h. die Modalität der Ausführung genau bestimmend, oder mehr oder weniger unbestimmt. Einen übernommenen gemessenen Auftrag (mandatum certum) muß der Commissionär, als Mandatar, ganz der erhaltenen Vorschrift gemäß vollziehen [1]), oder, wenn dies nicht möglich ist, unvollzogen lassen und ganz unthätig bleiben, wenn auch seiner Meinung nach andre Maaßregeln dem Committenten vortheilhafter sein möchten. Er ist also auch dafür, daß er von der erhaltenen Vorschrift nicht abgewichen, nie, wohl aber für die nachtheiligen Folgen jeder Abweichung, verantwortlich. Hat er indeß durch Abweichungen davon Vortheile erlangt, es sei nun, daß sie der Committent beabsichtigte, oder nicht, so muß er ihm auch diese gewähren [2]); denn er ist und bleibt dem Committenten gegenüber schlechterdings der Führer eines fremden, nicht seines eignen Geschäfts. Wie nun wenn er auf der einen Seite zum Nutzen, auf der andern zum Schaden des Committenten von der Vorschrift abgewichen ist? Dann

---

1) Fr. 5. pr. §. 2. Fr. 46. D. mand. v. c. §. 8. I. de mand.

2) Fr. 10. §. 3. 8. D. eod. Fr. 46. §. 4. D. de procur. 3. 3.

kommt es darauf an, ob jener durch diesen bedingt war. Ist dies der Fall, so kann der Committent den Vortheil nicht verlangen, ohne sich auch den Schaden gefallen zu lassen, muß also die Handlungen des Commissionärs entweder ganz genehmigen oder gegen Ersatz des Schadens ihm den Vortheil überlassen [3]). Ist aber der Vortheil vom Schaden unabhängig, so kann er jenen und dennoch auch den Ersatz des Schadens fordern. — Die Römischen Juristen haben es nicht für überflüssig gehalten, zu bemerken, daß der Beauftragte nicht blos durch Handeln gegen den Auftrag, oder über denselben hinaus, sondern auch dann, wenn er etwas von dem Uebernommenen, obwohl es thunlich war, unterläßt, verantwortlich ist [4]). — Bei der Ausführung muß der Commissionär den größten Fleiß anwenden, den man von einem ordentlichen Kaufmann in Besorgung seiner eignen Geschäfte erwarten kann [5]); denn ohne das Vertrauen hierauf würde der Committent sich nicht mit ihm eingelassen haben. Die Gesetze des Codex, die diesen höchsten Fleiß erfordern, ja, richtig verstanden, auch die, welche im Allgemeinen nur Verantwortlichkeit für dolus und für culpa hier aufstellen [6]), heben den Zweifel, der daraus entnommen werden könnte, daß es in den Pandekten heißt, ein Beauftragter habe weiter nichts als bonam fidem zu leisten [7]), und an andern Stellen nur dolus und culpa lata erwähnt wird [8]). —

---

3) Vgl. Pardessus cours de droit commercial, Nr. 567.

4) Fr. 5. §. 1. Fr. 22. §. 11. D. mand. v. c.

5) c. 13. 21. C. mand. 4. 35. Glück Erläut. der Pand. Th. 15. S. 267 f. und die das. Note 62 Angeführten. Hasse die Culpa des Röm. Rechts, §. 93. 94. S. 360 f. der n. Ausg. Bonn 1838. und Bethmann Holweg im Anhang dazu S. 569. Pardessus a. a. O. Nr. 572.

6) Fr. 23. D. de R. I. 50. 17. c. 11. C. mand. v. c.

7) Fr. 10. pr. D. mand. Aber bona fides im Römischen Sinne schließt auch die culpa aus. Hasse a. a. O. S. 365.

8) Fr. 8. §. 10. Fr. 29. pr. D. eod. c. 10. C. de procurat. 2. 13.

Richtet sich nun die Verbindlichkeit des Commissionärs lediglich nach der Vorschrift des Committenten, so muß dagegen ein unbestimmter Auftrag (**mandatum incertum, plurium causarum**) so auszulegen sein, daß diejenigen Modalitäten des Geschäfts, welche der Committent nicht bestimmt hat, dem Ermessen des Commissionärs überlassen sein sollen, der sich darin nur nach den Umständen zu richten habe[9]. Dieses Ermessen ist also dann selbst ein Theil des Auftrags und muß nach dessen Sinn und Geist angestellt werden. Der Vortheil des Committenten muß natürlich dabei das Hauptaugenmerk sein. Ein Committent, der sich unbestimmt ausgedrückt hat, muß also zwar in der Regel die Handlungen des Commissionärs insoweit genehmigen und hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er damit nicht zufrieden sein sollte[10]; falls er aber beweisen kann, daß ein andres Verfahren wohl einzuschlagen gewesen wäre und durch des Commissionärs Unredlichkeit oder Fahrlässigkeit versäumt worden ist, so muß dieser ihn entschädigen. — Das Ermessen des Commissionärs kann in Einem Falle auch bei bestimmten Aufträgen nothwendig werden, nämlich wenn der Committent ihm zu erkennen gegeben hat, daß ihm an schleuniger Ausführung Alles gelegen sei, diese aber auf die vorgeschriebene Weise unmöglich wird, z. B. wenn dem Einkaufscommissionär eine gewisse Weise der Uebermachung der Waaren an den Committenten oder Andere vorgeschrieben war, diese aber, etwa wegen kriegerischer Ereignisse, Ueberschwemmungen u. dgl., unausführbar wird, oder wenn zu dem Frachtlohn, welches der Committent vorgeschrieben, keine Fuhre zu haben ist. Es sind hier die Maßregeln zu wählen, die den vorgeschrie-

---

Hasse a. a. O. S. 361 f. glaubt, daß hier nur deswegen blos lata culpa erwähnt werde, weil in den vorliegenden Fällen nur dazu Anlaß gewesen.

9) Fr. 46. de mand. Bender a. a. O. §. 94.

10) Fr. 3. §. 1. D. mand.

benen in der Nützlichkeit für den Committenten am nächsten kommen [11]). — Alle diese Obliegenheiten des Commissionärs bei unbestimmten Aufträgen werden häufig durch die Vorschrift ausgedrückt: „bestmöglich" zu verkaufen, einzukaufen, zu übersenden; finden aber auch Statt, wo dieser Ausdruck nicht gebraucht ist, sondern der Committent über die Art der Ausführung sich gar nicht geäußert hat. — Ist in Ansehung der Zeit der Ausführung vom Committenten nichts bestimmt, so ist natürlich Vollziehung sobald als möglich zu verstehen. Hat also der Commissionär ohne Noth und durch eigne Schuld mit dem Einkauf oder Verkauf gezögert und die Handelsconjunctur sich indeß zum Nachtheil des Committenten geändert, so muß er diesen dafür schadlos halten.

Es liegt dem Commissionär nicht gerade ob, den Auftrag in allen Stücken persönlich auszuführen, sondern er kann solches auch durch seine Handlungsgehilfen oder Andere, z. B. Mäkler, thun, wenn anders nicht die Verrichtung in Person ihm ausdrücklich vorgeschrieben und von ihm übernommen ist. Doch haftet er für die Handlungen des von ihm dazu Gebrauchten und ihre Vorschriftsmäßigkeit wie für seine eignen [12]).

Nach allgemeinen Grundsätzen und dem deutschen Handelsgebrauch steht es dem Commissionär allemal frei, die ihm zum Verkauf übergebene Waare selbst zu kaufen [13]), die Waare, zu deren Einkauf er beauftragt ist, selbst zu liefern [14]), sobald nur in beiden Fällen der Zweck und Vortheil des Committenten eben

11) Bender a. a. O. S. 220. Nr. 8.

12) Fr. 8. §. 3. D. eod. Fr. 3. D. de neg. gest. 3. 5.

13) Bender a. a. O. S. 227. Andrer Meinung sind Riccius exerc. jur. comb. XI. S. 28. §. 5. nach Lauterbach, ingleichen Pöhls a. a. O. S. 256. — Der Code civil art. 1596 verbietet bekanntlich dies bei Strafe der Nichtigkeit.

14) So auch Bad. Landr. Anh. Art. 92. aa. Bender a. a. O. S. 217. — A. M. Pöhls a. a. O. S. 262. Pardessus a. a. O. S. 570.

so wie bei einem Handel mit Dritten erreicht und die Zeit der Lieferung oder Zahlung eben so inne gehalten wird. Dann hat der Committent kein Interesse dabei, daß solches nicht geschehe, vielmehr sehr oft den Vortheil, schneller zum Ziel zu gelangen; mithin kann auch der Commissionär nicht voraussetzen, daß er dadurch gegen seinen Willen handle, sondern muß annehmen, daß es jenem nur auf die Bedingungen des Handels, nicht auf die Person des Käufers oder Verkäufers ankomme. Man wendet zwar dagegen ein, daß, wenn der Commissionär nicht den Handel mit Andern versuche, oder, wie man sagt, in den Markt gehe[15]), alsdann der Committent nicht wissen könne, ob die Conjunctur auch wirklich gehörig zu seinem Vortheil benutzt worden. Allerdings darf auch der Commissionär nicht anders als Käufer oder Verkäufer eintreten, als bis er sich überzeugt hat, daß Andere nicht theurer gekauft, nicht wohlfeiler verkauft haben würden, und der Committent kann verlangen, daß ihm dies durch Preiscourante oder Mäklerzeugnisse bewiesen werde, ja er muß auch, wenn dies geschieht, auf sein Erbieten, zum Gegenbeweise, daß demungeachtet Gelegenheit, besser für ihn zu sorgen, vorhanden gewesen sei, gelassen werden. Ja dies ist so gut als erwiesen, wenn der Verkaufscommissionär die Waare unmittelbar darauf theurer verkauft, der Einkaufscommissionär dieselbe Gattung Waare gleich nachher wohlfeiler eingekauft hat. Daher soll auch ein redlicher Commissionär seinen eignen Eintritt als Käufer oder Verkäufer dem Committenten nicht verschweigen, obwohl er dessen besondre Genehmigung dazu nicht abzuwarten braucht, da deren Verweigerung nichts Anderes wäre, als entweder Zurücknahme des Auftrags, die nie vorauszusetzen ist, oder, wenn auf die Person des Commissionärs beschränkt, Beweis von Mißtrauen und offenbare Beleidigung. Wird aber auch von Commissionären häufig hiergegen gehandelt,

15) Pöhls a. a. O.

so schließt doch der Mißbrauch den Gebrauch nicht aus, und deshalb jene täglich vorkommende Modalität der Commissionsausführung für unerlaubt zu erklären, ist nicht nur für die Theorie, sondern gewiß auch für die Gesetzgebung sehr bedenklich. — Eben deshalb nun, weil dem selbst eintretenden Commissionär vorherige Erkundigung nach den currenten Priesen zur Pflicht gemacht ist, er also ziemlich dieselbe Mühe hat, wie beim Handel mit Andern, kann ihm auch die Provision nicht abgesprochen, sondern muß gleichermaßen als verdient betrachtet werden, als wenn er wirklich für den Committenten eingekauft oder verkauft hätte.

Was der Commissionär in Folge des ausgeführten Einkaufs oder Verkaufs für den Committenten empfängt, das muß er in der Regel und wenn ihm darüber nichts Besonderes vorgeschrieben ist, sofort abliefern. Eben so wenn er selbst eintritt, das, was er ihm dadurch schuldig wird oder für ihn zu besitzen beginnt. Der Verkaufscommissionär muß also den Erlös, nach Abzug dessen, was ihm gebührt (s. §. 15.), dem Committenten unverzüglich baar oder in guten Wechseln übermachen oder Verzugszinsen davon entrichten[16]), der Einkaufscommissionär die Waare ungesäumt dem Committenten oder dem von diesem etwa bezeichneten Dritten übersenden, oder den durch die Zögerung etwa entstandenen Schaden vergüten. Kann der Einkaufscommissionär die Waare oder der Verkaufscommissionär das Geld, des geschlossenen Handels ungeachtet, nicht erlangen, so muß er auf Verlangen des Committenten entweder gegen den dritten Contrahenten klagen oder dem Committenten seine Klage gegen denselben abtreten[17]). Doch hat im erstern Fall der Committent die Proceßkosten zu tragen. (S. §. 9.) Die Wahl zwischen beiden Wegen steht aber dem Commissionär zu und der Committent kann Keines von beiden absolut fordern.

16) Fr. 10. §. 3. D. mand. v. c.
17) Fr. 27. §. 5. fr. 59. pr. D. eod.

Denn durch die Abtretung der Klage entgeht dem Verkaufscommissionär die Möglichkeit, das Kaufgeld selbst zu erheben und sich davon wegen seiner Provision und Spesen sofort bezahlt zu machen. Bei Einkaufscommissionen wird der Committent gewiß immer vorziehen, die Klage auf Erfüllung des Handels am entfernten Orte durch den Commissionär führen zu lassen, als dies selbst zu besorgen; er müßte denn die Absicht haben, ihm die Waare aus den Händen zu spielen, weil er ihm etwa ein Retentionsrecht daran eingeräumt hat (s. §. 15.); dann ist die Abtretung gegen das Interesse desselben und ihm nicht zuzumuthen. Auf der andern Seite kann die gerichtliche Verfolgung des dritten Contrahenten dem Commissionär, wenn er sie nicht selbst übernehmen, sondern das Klagerecht abtreten will, nicht angesonnen werden, da sie zum ursprünglichen Auftrage nicht gehört.

§. 7.
Vom Limito.

Die Bestimmung, welche der Committent über den Preis macht, zu welchem der Commissionär einkaufen oder verkaufen soll, wird von den Kaufleuten das Limito genannt. Obgleich aber dieselbe dem Verhalten des Commissionärs eine bestimmte Grenze setzt, so findet doch hier eine nothwendige Ausnahme Statt von der §. 6. gegebenen Regel, daß der Commissionär von der erhaltenen Vorschrift nicht sicher abweichen könne, auch wenn er dies dem Committenten vortheilhaft erachten sollte. Denn diese Regel bezieht sich nur auf subjective Ansichten und Vermuthungen, wie sie der Commissionär bei andern Gegenständen und Richtungen des gemessenen Auftrags vielleicht haben kann, nicht auf mathematische Gewißheit, wie sie beim Preise allemal Statt finden muß. Vom Limito also zum Vortheil des Committenten abzuweichen und — versteht sich, bei gleicher Güte der Waare — wohlfeiler einzukaufen, so wie — bei

gleicher Sicherheit des Käufers, oder gegen Baarzahlung — theurer zu verkaufen, als der Committent vorgeschrieben hat, ist der Commissionär nicht nur berechtigt[1]), sondern auch, bei sich darbietender Gelegenheit dazu, verbunden. Das Limito ist also stets als eine Beschränkung des Commissionärs zum Vortheil des Committenten, nie als eine Berechtigung für jenen, die diesem zum Nachtheil ausschlagen könne, auszulegen. Es gilt sonach bei Einkaufscommissionen als das Maximum, bei Verkaufscommissionen als das Minimum des Kaufpreises, auf welches der Commissionär, wenn bessere Bedingungen nicht zu erlangen sind, sich einlassen darf; keinesweges aber kann dieser, wenn er theurer verkauft oder wohlfeiler eingekauft hat, ja selbst nicht, wenn er dieses nur thun konnte, das Limito zum Vorwand brauchen, um die Differenz zwischen demselben und dem wirklich gelösten oder verlegten Preise für sich zu behalten oder zu verlangen[2]). Daher kann er auch dem Committenten die Einsicht des Schlußzettels über den geschlossenen Handel nicht verweigern, damit dieser über den wirklich gehandelten Preis Gewißheit erhalte. Ist nun das Limito zum Schaden des Committenten überschritten worden, so ist der Committent zunächst und in der Regel befugt, das ganze für ihn gemachte Geschäft für ungiltig zu erklären, mithin die verkaufte Waare zurückzufordern, die eingekaufte nicht zu bezahlen und dem Commissionär zu überlassen[3]), und überdies, wegen etwa mittlerweile versäumter günstiger Handelsconjunctur, diesen zur Entschädigung anzuhalten. Doch fallen diese Rechte weg, wenn

1) §. 8. I. de mandato.

2) Fr. 5. §. 5. D. mand v. c. So auch nach französischem Recht. Pardessus a. a. O. §. 565. — Bender a. a. O. §. 216. u. 227. spricht von einem entgegengesetzten Herkommen (in Frankfurt a. M.?), welches er mißbilligt, aber auch nicht beweist, ich auch bezweifeln möchte. — Pöhls a. a. O. S. 257. 265. Riccius a. a. O. §. 15. S. 32.

3) Fr. 5. §. 3. 4. Fr. 41. D. mand. v. c. Fr. 1. §. 3. D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3.

der Commissionär oder der dritte Käufer oder Verkäufer dem Committenten die Vollziehung des Handels in Gemäßheit seines Limito's noch mit der That anbietet[4]). Wenn hingegen der Commissionär sich an das Limito gehalten, aber darin gefehlt hat, daß er vorhandene Gelegenheit, noch vortheilhafter einzukaufen oder zu verkaufen, nicht benutzt hat, so kann der Commissionär zwar den Handel nicht anfechten, aber wohl seine Schädenansprüche gegen den Commissionär geltend machen, sobald er beweisen kann, daß dieser absichtlich oder aus Nachlässigkeit seinen Vortheil aus den Augen gesetzt habe. Sobald aber der Commissionär das Limito überschritten hat, bedarf es niemals eines besondern Beweises, daß diese Ueberschreitung dem Committenten nachtheilig gewesen. Ja selbst wenn jener das Gegentheil bewiese, nämlich daß späterhin die eingekaufte Waare noch theurer geworden, die verkaufte noch mehr im Preise gefallen, oder daß jene dem Committenten unentbehrlich und wohlfeiler nicht zu haben gewesen sei: so könnte dies dem Committenten sein Recht, das auftragswidrige Geschäft wiederum aufzuheben, doch nicht nehmen[5]), obwohl freilich ein vernünftiger Committent unter solchen Umständen von selbst davon abstehen wird. **Quoties certum mandatum est, recedi a forma non debet**, sagt Paulus[6]). — Ganz dasselbe, wie beim Contrahiren mit dritten Personen, gilt denn auch, wenn der Verkaufscommissionär selbst als Käufer, der Einkaufscommissionär selbst als Verkäufer der committirten Waare eintreten will; nur daß der Commissionär dies dem Committenten anzeigen und zugleich auf die §. 6. angegebene Weise darthun muß, daß auch mit

---

4) Fr. 5. §. 3. 4. cit. Fr. 3. §. 2. Fr. 4. S. eod. c. 22. C. de fidejuss. et mand. 8. 41. Pardessus a. a. O. Nr. 566. 572.

5) Andrer Meinung ist Bender a. a. O. S. 215. Aber seine laxen Lehren zu befolgen, würde für jeden Commissionär sehr gefährlich sein.

6) Fr. 46. D. mand. v. c.

Dritten einen noch vortheilhafteren Handel, als binnen dem Limito, zu schließen keine Gelegenheit gewesen. Ist aber diesen Erfordernissen Gnüge geleistet, so kann der Committent den Commissionär, der das Limito innenhält, als Käufer oder Verkäufer nicht zurückweisen.

§. 8.
Vom Trödelcontract.

Wenn bei einer Verkaufscommission ausdrücklich ausgemacht wird, daß das gestellte Limito nicht blos als Minimum, sondern auch als Maximum gelten, nämlich der Commissionär nicht mehr zu zahlen haben solle, er möge auch die Waare noch so theuer verkaufen, so hört das Geschäft auf, ein Mandat zu sein; denn der Empfänger der Waare führt dann durch deren Verkauf nicht mehr des Uebergebers Geschäft, sondern sein eigenes [1]). Es geht dann in einen andern Contract über [2]), welcher gewöhnlich, obwohl ziemlich unpassend, auf Deutsch Trödelcontract genannt wird, in barbarischem Latein **contractus aestimatorius**, weil die Römer aus diesem Contract, für welchen sie keinen Namen hatten, eine ästimatorische **actio praescriptis verbis** oder **actio de aestimato** gaben [3]). Den Römern galt dieser Contract für einen Realcontract. Eben weil ihm ein gangbarer Name fehlte, ohne welchen ein bloßer Vertrag, dem noch auf keiner Seite eine Leistung hinzugetreten war, zu einem Contract (Consensualcontract), zur civilen Obligation, nicht erhoben werden konnte [4]), so konnte diese auf Seiten des Uebernehmers erst durch die wirkliche Uebergabe er-

1) Püttmann miscellaneor. lib. sing. cap. XX. p. 165.

2) Vgl. auch Fr. 6. §. 6. D. mand. J. H. Böhmer exercit. a Pand. T. III. p. 538 sq. bes. §. 16—23.

3) Fr. 1. D. de aestim. 19. 3. Riccius a. a. O. §. 46. S. 67. hält irrig diesen Namen für römisch und daher den Contract für einen nominatus, mit andern ältern Autoren, die er anführt.

4) Fr. 1. §. 2. D. de rer. permut. 19. 4.

zeugt werden. Sie entstand aber auch nur auf dieser einen Seite; denn vermöge des bei dieser Art Contracten geltenden Reurechts konnte der Uebernehmer dem Uebergeber, der die Waare zurückforderte, nicht einmal **exceptionem pacti** entgegensetzen. Dies Alles fällt nun heut zu Tage weg, und die bloße Verabredung, eine Waare unter solchen Bedingungen zum Verkauf zu übergeben und zu übernehmen, ist jetzt für beide Theile vollkommen verbindlich. Da nun dieser Contract, wie gedacht, eben so wenig ein Mandat ist, so kann ich auch nicht Denjenigen beistimmen, welche den Uebergeber auch heut zu Tage noch für berechtigt halten, die Waare, so lange sie noch unverkauft ist, zurückzufordern [5]). Der dafür angeführte Grund, daß der in Rede stehende Contract seine Natur und Bestimmung lediglich aus dem Römischen Rechte erhalten habe, mithin auch rein nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen sei, ist offenbar nichtig und enthält einen logischen Zirkel. Ein Vertrag dieser Art würde bei uns unzweifelhaft vollkommen verbindlich und klagbar sein, wenn auch im Römischen Rechte gar nichts davon vorkäme. Da der Empfänger der Waare die Wahl hat, die Waare zurückzugeben oder den festgesetzten Preis dafür zu zahlen, da er also Letzteres auch darf, wenn er die Waare noch nicht verkauft hat, so konnte er gewiß schon nach Römischem Recht der Zurückforderung durch Zahlung des verabredeten Verkaufspreises ausweichen [6]). Der Uebergeber hat gleich von Anfang darein gewilligt, für diesen Fall sein Eigenthum an der Waare auf ihn zu übertragen, und es gehört also das Geschäft zu denjenigen, die ich einseitige Käufe zu nennen gewagt habe [7]). Schon die Römer haben die Verwandtschaft

---

5) Glück Erl. d. Pand. Th. 18. S. 64. und die Note 56 Angeführten.

6) **Riccius** a. a. O. §. 54. 55. S. 70.

7) S. m. Kaufcontract in Beziehung auf den Waarenhandel, S. 85. u. 107 f.

desselben mit dem Kaufe nicht verkannt[8]). Aber auch abgesehen von diesem Wahlrecht des Empfängers und wenn er nicht den Preis zu zahlen sich erbietet, kann nach deutschem Recht dem Uebergeber nicht unbedingt die Zurückforderung gestattet werden. Es ist entweder eine Zeit verabredet, binnen der die Waare, wenn sie noch unverkauft, zurückgegeben werden soll, oder nicht. In jenem, dem gewöhnlichsten Falle, kann der Uebergeber vor Ablauf der Frist gar keine Erklärung von dem Empfänger verlangen. Nachher kann er zwar die Waare schlechterdings zurückfordern, aber nicht vermöge eines gesetzlichen Reurechts, sondern in Folge der verabredeten und eingetretenen negativen Resolutivbedingung. Hat er sich keine Frist ausgemacht, so hat er sich dies selbst zuzuschreiben; es wird jedoch auf seinen Antrag eine solche dem Empfänger nach dem Ermessen des Richters zu setzen, dabei aber darauf zu sehen sein, daß der Empfänger genugsam Zeit habe, Käufer für die Waare aufzusuchen. — Auch bei diesem Contract kann übrigens der Empfänger sich eine Belohnung oder Provision für die Mühe des Verkaufes bedingen, und es wird dadurch dessen Natur nicht geändert[9]). Der Uebergeber erwirbt also auch, wenn das Limito einmal als Maximum bestimmt ist, durch die Verabredung einer Provision kein Recht, von dem Empfänger Rechenschaft über den etwa erlangten höhern Preis zu fordern.

§. 9.

Von andern Verkaufscommissionen insbesondere. Vom Creditgeben.

Es liegt in der Natur eines Auftrags zum Verkauf, daß der Beauftragte, wenn er nicht ausdrücklich zu Gestundung des Kaufpreises ermächtigt ist, die Waare nur gegen baares Geld

---

8) Fr. 1. pr. D. de aestim.

9) Fr. 2. D. eod.

oder gute Wechsel aus den Händen geben dürfe, mithin, wenn ihm ein Handel auf Credit angeboten wird, zuvor die besondre Genehmigung des Auftraggebers dazu einholen müsse [1]). Denn wenn gleich Credit geben unter Kaufleuten nichts Ungewöhnliches ist, ja sogar sehr oft Waaren sich nicht anders als auf Zeit zu guten Preisen verkaufen [2]), so folgt doch daraus immer noch nicht, daß eine darauf gerichtete Absicht des Committenten präsumirt werden dürfe. Wenn dieser durch Schlechtwerden eines Käufers, dem der Commissionär Credit gegeben hat, Schaden entsteht, kann dieser damit, daß er auf solche ihm nicht vorgeschriebene Weise für den Vortheil des Committenten sorgen gewollt, die Verantwortlichkeit nicht ablehnen. Was Bender [3]) hier von einem versiegelten, den Namen des Käufers enthaltenden Zettel, nach dessen Einsendung der Commissionär für den Eingang der Zahlung unverantwortlich sein soll, als allgemein geltendes Recht vorträgt, ist kein solches, sondern nur aus der Frankfurter Wechselordnung entlehnt, wo es den Zweck hat, einerseits Betrügereien des Commissionärs in Unterschiebung eines Falliten statt des wahren Käufers zu verhüten, andrerseits durch die Versiegelung des Zettels, den Committenten zu verhindern, daß er die Kunden des Committenten kennen lernen und ihm abwendig machen könne [4]). Die Rechtsverhältnisse des Committenten und Commissionärs können auch in Frankfurt dadurch nicht dergestalt geändert werden, daß dieser, wenn er zum Creditgeben nicht ermächtigt ist, durch Einsendung eines solchen Zettels dazu befugt und dafür unverantwortlich werde. —

---

1) So auch nach französischem Recht. Pardessus a. a. O. Nr. 566.

2) Deshalb ist Püttmann a. o. O. S. 167 f. andrer Meinung; wie auch Riccius exerc. jur. camb., ex. XI. de mercibus in commissionem ad vendendum datis, §. 6. pag. 28.

3) a. a. O. S. 228.

4) Frankf. W. O. §. 53. Riccius l. c. pag. 27.

Wenn der Commissionär, wie sehr oft geschieht, im Allgemeinen zum Verkauf auf Zeit ermächtigt ist, so ist dies ein unbestimmter Punkt des Auftrags, wobei also nach §. 6. sein auf den Vortheil des Committenten zu richtendes Ermessen eintreten muß. Es versteht sich also dabei allemal stillschweigend, daß er sich nur mit Leuten, die im handelnden Publicum als solid gelten, auf solche Geschäfte einlassen darf. Hat er aber hierin nichts verschuldet, so kann sich der Committent wegen etwa dennoch vorfallender Verluste nicht an ihn halten.

Eine stillschweigende Ermächtigung zum Creditgeben in gewissen Grenzen, also insoweit eine Ausnahme von obiger Regel, ist anzunehmen, wenn der Commissionär an einem Orte lebt, wo (wie in Hamburg und Leipzig) es Usanz ist, daß bei Handelsgeschäften zwischen Kaufleuten, die an demselben Platze wohnen, allemal eine Zahlungsfrist von einigen Wochen als stillschweigend eingeräumt verstanden wird [5]). Da Verkaufscommissionen in der Regel den Zweck haben, daß die Waare eben an dem Wohnorte und Geschäftsorte des Commissionärs, als dem dazu am gelegensten und vortheilhaftesten erachteten, verkauft werden solle, so muß auch angenommen werden, daß der Committent sich der Usanz dieses Platzes unterwerfen gewollt; er hätte denn, was ihm natürlich freisteht, das Gegentheil ausdrücklich vorgeschrieben und sofortige Zahlung sich bedungen. Außerdem hat also der Commissionär nur dieses zu beobachten, daß er keinen längern als den usanzmäßigen Credit, diesen aber nur Käufern, die seine Mitbürger und eigentliche Kaufleute sind, auch unter denselben nur als solid bekannten Häusern, bewillige.

Hat nun der Commissionär ohne Ermächtigung, oder über die usanzmäßige oder vorgeschriebene Frist hinaus Credit gegeben, oder bei Erkundigung der Zahlungsfähigkeit des Käufers

5) S. m. angef. Schrift: der Kaufcontract u. s. w. S. 173.

etwas versehen, so kann der Committent deshalb doch den Handel selbst nicht anfechten. Nur dann kann dies geschehen, wenn er ausdrücklich vorgeschrieben hat, die Waare nicht anders als gegen Baarzahlung (Casse, Contanten) aus den Händen zu geben[6]). Außerdem kann er in jenen Fällen nur die Zahlung zur stillschweigend oder ausdrücklich vorgeschriebenen Frist, oder, wenn weder Vorschrift noch Usanz vorliegt, sofort nach dem Verkauf, vom Commissionär fordern, sie sei nun vom Käufer eingegangen oder nicht. Gesetzt indeß, es hätte der Verkaufscommissionär durch das Creditgeben höhere Preise erlangt, als limitirt waren, oder beim Mangel eines Limito, als erweislich ohne Credit zu erlangen gewesen wären, so könnte der Committent die Gewährung dieser höhern Preise nicht ansprechen, ohne auch bis zu dem Ziel, das der Käufer bedungen hat, zu warten. Dies nach dem §. 6. bei Note 3. entwickelten Grundsätzen. Daß der erreichte höhere Preis durch das Creditgeben bedingt gewesen sei, wird im Zweifelsfall auch allemal anzunehmen sein, da die Natur der Handelsgeschäfte diesen Causalnexus mit sich bringt.

Sobald hingegen der Commissionär die nach dem Vorstehenden ihm gezogenen Grenzen gehörig beobachtet hat, kann der Committent die Zahlung nicht früher, als nachdem sie dem Commissionär eingegangen ist, fordern. Ja, wenn dieser von einem Käufer seiner Commissionswaaren, der ihm aber auch zugleich aus seinen Propergeschäften schuldig ist, Gelder, ohne Bezeichnung, auf welche Schuld sie zu rechnen, empfängt, so soll ihm nach der Meinung Einiger unverwehrt sein, davon zuvörderst sich selbst bezahlt zu machen und nur den etwanigen Ueberrest dem Committenten zu berechnen[7]). Allerdings ist ihm das Umgekehrte nicht zuzumuthen. Da er aber nach dem Obigen

6) Fr. 1. §. 2. D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3.

7) Bender a. a. O. S. 230.

verpflichtet ist, die Angelegenheiten des Committenten wenigstens mit gleicher Sorgfalt, wie seine eignen, zu besorgen, so muß man ihn wohl verbindlich achten, die erhaltene Zahlung nach Verhältniß der Größe der beiderseitigen Forderungen zwischen sich und dem Committenten zu theilen.

Wenn oben bemerkt worden ist, daß der Commissionär die Zahlung in baarem Gelde oder guten Wechseln einziehen solle, [wie denn letztere dem baaren Gelde gleich gelten [8])], so ist auch dabei anzuwenden, was oben §. 6. über das Ermessen des Commissionärs bei unbestimmten Aufträgen gesagt ist. Unter guten Wechseln werden nämlich solche verstanden, die von bekannten sichern Leuten ausgestellt, acceptirt, indossirt sind [9]). Dem Commissionär liegt also ob, die Zuverlässigkeit der Firmen zu beurtheilen, die als Trassanten, Acceptanten und Giranten auf den ihm als Zahlung gebotenen Papieren ersichtlich sind, und wenn er gegen deren Sicherheit Bedenklichkeit hat oder nach den im handelnden Publicum bekannten Verhältnissen haben sollte, die Papiere nicht anzunehmen. Hat er aber hierin nichts vernachlässigt, so ist er auch für den Eingang nicht weiter verantwortlich. Um nun nicht formell hierunter eine Haftung zu übernehmen, die ihm materiell nicht obliegt, thut er wohl, die Wechsel entweder gar nicht an sich, sondern gleich an die Ordre des Committenten stellen oder giriren zu lassen, oder sie mit dem Beisatz: „ohne Regreß" an den Committenten zu indossiren.

§. 10.

Vom del credere Stehen.

Eine Ausnahme von der Regel, daß der Verkaufs-Commissionär die Zahlung nur so, wie sie eingeht, zu gewähren habe, macht der Fall, wenn er dafür selbst einzustehen übernommen

8) Ders. S. 222.

9) Pöhls a. a. O. S. 264.

hat, was unter den Kaufleuten **del credere** Stehen genannt wird. Hat nämlich der Commissionär dies thun zu wollen erklärt, es sei nun im Voraus und im Allgemeinen hinsichtlich aller ihm zu übertragenden Commissionen, oder in Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft, so ist solches nach allgemeinem Handelsgebrauch sowohl als nach der Theorie des Rechts nicht als eine gewöhnliche Bürgschaft auszulegen, bei welcher ihm die Rechtswohlthat der Vorausklage zu Statten käme und er erst dann haftete, wenn von dem Käufer nichts zu erlangen wäre; sondern er muß nach dem Verkauf oder rücksichtlich nach Ablauf der vorgeschriebenen oder usanzmäßigen Zahlungsfrist sofort Zahlung leisten und die Forderung an den Käufer auf seine eigne Gefahr führen. Eine Bürgschaft, als accessorische Verbindlichkeit, ist schon darum hier nicht denkbar, weil der Käufer gegen den Committenten an sich gar nicht verpflichtet ist, es also an der Hauptverbindlichkeit fehlt. (S. unten §. 22.) Vielmehr ist der Commissionär, der del credere steht, der einzige Schuldner des Committenten, so wie er der einzige Gläubiger des Käufers ist. Er kann daher jenen wider seinen Willen nicht an diesen verweisen und muß auch, wenn er gegen diesen gerichtlicher Zwangsmittel bedarf, die Kosten davon tragen. — Weil nun, wie gedacht, auf Credit gemeiniglich leichter und auch vortheilhafter zu verkaufen ist, als gegen Baarzahlung, der Commissionär aber auch eher, als der meist entfernte Committent, im Stande ist, seinen Käufer und die Gefahr, die er bei ihm durch Creditgeben laufe, zu beurtheilen, so ist dieses del Credere Stehen sehr allgemein gebräuchlich. Es wird dafür eine zwar erhöhte, aber doch billige, Provision berechnet, gewöhnlich nur Ein Procent [1]), also mit Inbegriff der ordentlichen Provision drei Procent. Dadurch wird der Commissionär gewissermaßen Versicherer des Erlöses; es bedarf aber

---

1) Busch a. a. O. Th. I. S. 211. Pöhls a. a. O. S. 270.

nicht einmal, wie bei andern Versicherungen, für den Anspruch an ihn erst des Beweises, daß die Forderung verloren gegangen sei; sein Creditgeben geht den Committenten gar nichts mehr an. Sobald also ein Commissionär eine Provision del credere berechnet, ist auch seine Verbindlichkeit, ohne Rücksicht auf den Eingang selbst zu zahlen, nicht zweifelhaft. Dies nur kann gefragt werden, ob aus der bloßen Berechnung einer höhern Provision, als der gewöhnlichen oder verabredeten, geschlossen werden könne, daß der Commissionär del credere stehe, wenn er diese erhöhte Provision nicht ausdrücklich als Provision del credere bezeichnet hat? Diese Frage muß aber wohl verneint werden; denn dadurch, daß Jemand etwas sich anmaßt, was ihm nicht gebührt, wird der Schluß, daß er ein gewisses Rechtsverhältniß, durch welches sein Anspruch gerechtfertigt werden würde, anerkannt habe, nur dann begründet, wenn dieses Rechtsverhältniß die einzige denkbare Bedingung der Rechtmäßigkeit des Anspruchs ist. Es giebt aber hier noch einen andern Rechtsgrund, auf den der Commissionär bei Berechnung der höhern Provision, wenn auch irrigerweise, gesehen haben kann, nämlich die Bewilligung des Committenten. Diese kann er entweder aus Irrthum als vorhanden angenommen oder aus besondern Gründen, z. B. wegen gehabter ungewöhnlicher Mühwaltungen, gehofft haben. Der Committent kann also in solchem Fall zwar die nicht bewilligte höhere Provision verweigern, andre Ansprüche aber aus dem darauf gestellten Verlangen des Commissionärs und seiner Bewilligung nicht herleiten.

Einige[2]) glauben, daß durch das del credere Stehen das Commissionsgeschäft die Natur des sogenannten contractus aestimatorius oder Trödelcontracts annehme. Dies kann aber deswegen nicht zugegeben werden, weil diese Verabredung, als bloße Nebenberedung des Mandats, dessen Natur nicht ändert,

2) Vgl. **Riccius** a. a. O. S. 31. §. 12.

mithin dessen einseitige Widerruflichkeit nicht aufhebt (s. §. 8., §. 16. und §. 17.) und eben so wenig den Commissionär von der Pflicht befreit, auch das, was er über das Limito erlangt, dem Committenten zu berechnen[3]); wogegen der Trödelcontract nur durch Einwilligung beider Theile wieder aufgehoben werden kann und dabei ein höherer Preis, als der einmal festgesetzte, nie zu gewähren ist.

§. 11.
Von Ausführung der Einkaufscommissionen insbesondere.

Der Einkaufscommissionär ist, nächst der Rücksicht auf das Limito des Kaufpreises, besonders auch in Betreff der Qualität und Quantität der zu erkaufenden Waare streng an die Vorschrift des Committenten gebunden. In Hinsicht der erstern darf dieser diejenige Waarenkenntniß von ihm erwarten, die einem wohlunterrichteten Kaufmann eigen zu sein pflegt; besitzt er solche nicht, so ist es seine Sache, sich zum Aussuchen der Waare eines erfahrenen Mäklers oder sonstigen Unterkäufers zu bedienen, und er hat für die Versehen dieser Leute wie für eigne zu haften. Andre oder schlechtere Waare, als der Committent bestellt hat, braucht derselbe nicht anzunehmen; eben so wenig eine größere oder geringere Quantität[1]). Denn er kann gerade die verlangte einem Dritten zu liefern sich verpflichtet haben und ist vielleicht nicht in dem Fall, das Uebrige selbst brauchen zu können. Ist die erkaufte Waare von schlechterer Beschaffenheit oder in geringerer Menge, als vorgeschrieben war, so kann sie der Committent ganz zur Disposition des Commissionärs lassen, und eben dies kann er bei einer größern Quantität mit dem Ueberschusse thun. Dies muß er aber unge-

---

3) Was Riccius selbst zugiebt, §. 15. S. 32.

1) Pöhls a. a. O. S. 257.

säumt erklären, d. h. mit erster Post, nachdem er über die Abweichung des Commissionärs von der Vorschrift Kenntniß erlangt hat; also wenn ihm dieser selbst brieflich davon Anzeige macht, durch umgehende Antwort; wenn derselbe die Waare stillschweigend eingesendet hat, so bald als deren Untersuchung möglich gewesen ist [2]). Widrigenfalls würde der Commissionär, dafern er (was präsumirt werden muß) **bona fide** gehandelt hat, die Zurückweisung der Waare sich späterhin dann nicht mehr gefallen lassen müssen, wenn dieselbe während der Zögerung des Committenten im Preise gesunken wäre. Durch solche Zögerung, und selbst durch die Erklärung, die Waare behalten zu wollen, können aber nicht für ausgeschlossen gelten diejenigen Ansprüche, welchen der Commissionär etwa wegen begangener Unredlichkeit oder Fahrlässigkeit ausgesetzt ist, insofern ihm erwiesen werden kann, daß es nur an ihm gelegen, den Auftrag streng nach der Vorschrift zu erfüllen. Denn eben weil die **bona fides** des Commissionärs zu präsumiren ist, muß auch angenommen werden, daß der Committent sie ihm zugetraut und unter dieser Voraussetzung seine Einwilligung, stillschweigend oder ausdrücklich, ertheilt habe. Diese kann also, wenn jene sich irrig erweist, für ihn nicht bindend sein. Eben so wenig sind durch die ertheilte Einwilligung ausgeschlossen die Ansprüche wegen unsichtbarer Fehler der Waare, welche den Commissionär, wenn er sie nicht gekannt hat, berechtigen und auf Verlangen des Committenten verpflichten, die Waare dem Käufer zu redhibiren oder auf Preisminderung anzutragen. Hat er sie gekannt, oder bei Anwendung gebührender Sorgfalt entdecken gekonnt, so fällt dies unter die vorhin berührte Kategorie des **dolus** oder der **culpa**; er muß also den Committenten deshalb

---

2) Andrer Meinung ist Pöhls, a. a. O. S. 260., und glaubt, daß nur ein fortgesetztes Schweigen dem Committenten präjudicirlich werden könne. Das ist mir unverständlich.

entschädigen, da dann an den Käufer keine Ansprüche mehr Statt finden [3]).

Mit der eingethanen Waare hat der Commissionär nach der Ordre des Committenten zu verfahren, und zum Behuf der Absendung an den Wohnort desselben oder an einen andern von ihm bezeichneten Platz einen im Ruf der Redlichkeit und Geschicklichkeit stehenden Schiffer oder Fuhrmann zu wählen [4]); welche Eigenschaft desselben er bei geschehenem Unglück beweisen muß [5]). Bis zur Absendung hat er die Waare wohl aufzuheben, wovon unten §. 13. In allem diesem hat er um so mehr die größte Sorgfalt zu leisten, da er für seine Mühwaltung bezahlt wird [6]). Bei der Versendung zu Schiffe liegt ihm ob, die Waare zu versichern; denn diese Vorsichtsmaßregel ist so allgemein, daß sie als stillschweigend erwartet angenommen werden muß, wenn der Committent sie nicht ausdrücklich verboten hat. Hat er also die Versicherung unterlassen, so muß er vorfallende Haverei ersetzen, ohne eine Prämie zu berechnen; diese kann er aber natürlich dann fordern, wenn er mit Willen des Committenten die Waare selbst assecurit hat. — Hat er in allem diesem etwas weder verabsäumt noch freiwilligauf seine Gefahr genommen, so geht die Sendung lediglich auf Risiko des Committenten.

Da man gewöhnlich mit baarem Gelde vortheilhafter einkaufen kann, als auf Zeit, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob der Einkaufscommissionär jenes in der Regel zum Besten des Committenten thun müsse. Sie ist aber zu verneinen, da der Auftrag, etwas zu kaufen, nicht nothwendig den in sich

---

3) Fr. 51. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1. Fr. 12. D. de contr. emt. vend. 18. 1.

4) Fr. 11. D. commodati. 13. 6. Fr. 21. §. ult. D. de negot. gest. 3. 5. Pöhls a. a. O. S. 265.

5) Hasse die Culpa des Röm. Rs., S. 411. d. n. Ausg.

6) Fr. 40. D. locati. 19. 2.

schließt, den Kaufpreis zu verlegen. Der Committent muß also, wenn ihm am Einkauf mit Contanten gelegen ist und er dazu den Commissionär verpflichten will, dies ausdrücklich bedingen.

§. 12.

Vom Uebergang des Eigenthums.

Waaren, welche einem Commissionär übermacht werden, um sie zu verkaufen, hören natürlich dadurch nicht auf, Eigenthum des Committenten zu sein, und bleiben es bis zu dem Augenblick, wo der Commissionär sie nach geschehenem vorschriftsmäßigem Verkauf dem Käufer gegen Zahlung oder auf Credit übergiebt. Sie können also auch, wenn der Commissionär fallirt, so lange sie in der Concursmasse noch vorhanden sind, vom Committenten vindicirt werden [1]). Sind sie aber auch nur vorhanden gewesen, als der Concurs ausbrach, und zum Besten der Masse veräußert worden, so kann der Committent den Erlös prioritätisch fordern, da der Committent damit sein negotium gerirt hat. — (S. unten §. 19.) Waaren, welche ein Commissionär in Folge erhaltenen Auftrags und mit der Absicht, diesen zu erfüllen, einkauft, gehen, sobald sie ihm, oder, was gleich ist, dem von ihm bezeichneten Schiffer, Spediteur, übergeben worden, sofort in das Eigenthum des Committenten über [2]). Denn wenn auch der Verkäufer nichts davon weiß, daß Jener für Rechnung eines Andern kaufe, wenn auch er sonach bei der Uebergabe die Meinung und Absicht hat, dadurch das Eigenthum derselben auf Den, mit dem er gehandelt, zu

1) Vgl. Püttmann a. a. O. S. 173. Riccius exerc. jur. camb. exerc. XI. de mercibus in commissionem ad vendendum datis, pag. 26. 29. §. 8.

2) Fr. 11. §. 6. D. de pignor. act. 13. 7. Fr. 13. pr. D. de acqu. rer. dom. 41. 1. Fr. 42. §. 1. D. de acqu. v. amitt. poss. 41. 2. Fr. 14. §. 17. D. de furtis. 47. 2. c. 1. C. de acquir. v. retin. poss. 7. 32. §. 5. I. per quas personas etc. 2. 9.

übertragen, so gehört doch zur Erwerbung des Eigenthums nothwendig die Absicht, den Gegenstand für sich zu behalten, welche mit dem vorausgesetzten Willen, durch den Einkauf die Commission auszuführen, unvereinbar ist. Dieser Wille des Commissionärs bewirkt also, daß das vom Verkäufer aufgegebene Eigenthum sofort Dem zufällt, dem jener eben die Waare zu erwerben beabsichtigt, dem Committenten 3). Es ist jedoch nicht gerade nothwendig, daß die Waare, mit welcher der Commissionär als solcher zu schaffen hat, in seinen Besitz und Gewahrsam komme. So wie häufig Verkaufscommissionen vorkommen, wobei die Waare dem Commissionär nie zu Gesicht kommt, sondern erst in Folge des von ihm geschlossenen und dem Committenten angezeigten Verkaufs an den Käufer unmittelbar abgesendet wird, so bekommt auch der Einkaufscommissionär von der eingekauften Waare oft nichts als ein Muster zu sehen, und beordert nach geschlossenem Handel den Verkäufer, dieselbe unmittelbar an den Committenten zu schicken. Hier giebt denn der Absender sein Eigenthum auf, indem er die Waare zufolge der erhaltenen Ordre einem Schiffer oder Fuhrmann übergiebt, und in demselben Augenblicke geht solches auch, nach obigen Grundsätzen, auf den Committenten über, wenn gleich der Absender vermeint, es auf Den, der die Waare bei ihm bestellt hat, zu übertragen. Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der Verkäufer Zahlung erhalten oder Credit gegeben habe; sonst würde nicht das Eigenthum als Recht, sondern nur die Gefahr, auf den Committenten übergehen. — Auch wenn der Einkaufscommissionär die Waare selbst liefert, mithin als Verkäufer eintritt, geht nach den Grundsätzen des Kaufs die Gefahr, und wenn er die Zahlung erhalten oder dem Committenten creditirt hat, auch das Eigenthum auf diesen durch die Absendung für dessen Rechnung über. Unrichtig ist es also, wenn

3) Püttmann a. a. O. S. 179.

behauptet worden ist, dies geschehe schon durch die bloße einseitige Absonderung der Waare von den übrigen des Commissionärs, Buchung derselben als verkauft, Einsenden der Factura, Bezeichnung der Waare als für den Committenten bestimmt[4]).

Es kann aber der Fall eintreten und kommt nicht selten vor, daß der Einkaufscommissionär zu gleicher Zeit mit den für Rechnung des Committenten zu erkaufenden Waaren eine Parthie ganz gleichartige für sich selbst zu kaufen beabsichtigt und nun eine für beide Zwecke hinreichende Menge davon einthut, ohne noch sich darüber bestimmt zu haben, welche Stücke davon er für sich behalten, welche er dem Committenten zueignen wolle; was er vielleicht, wegen völliger Gleichheit der Waare, bei der künftig vorzunehmenden Trennung dem Zufall überlassen will. So kann er auch für mehre Committenten gleiche Waaren zu kaufen beauftragt sein, wirklich einkaufen und in derselben Absicht ungesondert lassen. Hier ist offenbar überall eine zufällige communio vorhanden. Der Committent kann also auf Theilung antragen, und wenn ein Theil des ganzen Vorraths durch einen Zufall, für welchen der Commissionär nicht zu stehen hat, vernichtet oder beschädigt wird, so trifft der Schade jeden nach Verhältniß seines Antheils am ganzen Vorrathe. Sobald hingegen der Commissionär die Absonderung vorgenommen hat, so wird auch die Waare, die er für den Committenten bestimmt, dessen Eigenthum; denn Alles kommt hier an auf die Absicht, für sich oder für den Committenten zu besitzen[5]). Daher kann dann keiner von beiden noch eine Gemeinschaft ansprechen, es sei nun der Committent, wenn die für ihn abgesonderten, oder der Commissionär, wenn die an-

---

4) Bender a. a. S. 217. Nr. 5. a. S. m. Kaufcontr. S. 191 f.

5) Fr 18. pr. D. de acqu. v. am. poss. 41. 2. Fr. 77. D. de R. V. 6. 1.

dern Waaren Schaden gelitten haben. Eben so stehen die mehren Committenten, für die der Commissionär Waaren auf dem Lager hat, gegen einander. Die Statt gefundene Sonderung und die Absicht derselben hat aber natürlich Derjenige zu beweisen, der sie für sich anzieht [6]).

Das Eigenthum des Committenten an den für ihn eingethanen Waaren äußert sich denn natürlich auch, wenn der Commissionär in Concurs verfällt; er kann sie dann aus der Masse vindiciren und in dem vorstehend angegebenen Falle der Gemeinschaft Theilung verlangen. Wird die Absicht des Gemeinschuldners, die Waare für ihn einzuthun, bestritten, so muß er sie freilich erweisen. Sie wird aber für erwiesen zu achten sein, wenn der Auftrag und daß ihn der Gemeinschuldner erhalten habe, dargethan ist, dieser aber gewöhnlich Waaren dieser Art für sich nicht gekauft hat. Ist aber auch dieses der Fall gewesen, so wird doch eine starke Vermuthung für den Committenten streiten, wenn bei dem Einkauf der fraglichen Waaren genau seine Vorschriften befolgt worden sind [7]). Auch wenn in der Masse mehre Waaren derselben Art sich finden, kann keine Schwierigkeit entstehen, sobald sich aus den Zeiten, zu welchen die verschiedenen Parthieen angeschafft sind, oder sonst auf die Absicht des Gemeinschuldners, die Commission auszuführen, schließen läßt. Falls aber dies nicht zu ermitteln ist, wie namentlich wenn die Waaren alle zugleich angekauft und vom Cridar nicht abgesondert sind, tritt der vorerwähnte Fall der Gemeinschaft ein und der Committent hat gegen den Concurs, so wie gegen etwanige andere Committenten, die gleiche Waaren durch den Gemeinschuldner haben einkaufen lassen, dieselben Rechte, die er gegen diesen vor Ausbruch des Concurses hatte. Es versteht sich übrigens, daß, wenn der Gemeinschuldner Vor-

---

6) Pöhls a. a. O. S. 259.

7) Bender a. a. O. S. 218 f

schüsse an Kaufgeld oder Spesen wegen der Waaren gemacht hat, gegen deren Ausantwortung die Erstattung dieser Auslagen, so wie jedenfalls auch die Zahlung der vom Cridar bereits verdienten Provision, an die Masse, dem Committenten obliegt. (S. unten §. 15. und 19.)

Nach den obigen Grundsätzen wird zwar auch das Geld, was der Verkaufscommissionär für die Waare einnimmt, Eigenthum des Committenten. Es kann also, wenn es abgesondert noch vorhanden ist, im Concurse vindicirt werden. Außerdem, oder wenn, wie meistens, die Identität wenigstens nicht zu erweisen steht, ist der Commissionär bloßer Contractschuldner desselben und der Committent muß deshalb im Concurse liquidiren, ohne ein Vorzugsrecht beanspruchen zu können[8]).

Einige[9]) halten dafür, daß, wenn der Commissionär del credere steht (§. 10.), das Eigenthum der Waare sofort auf ihn übergehe, und so auch das durch deren Verkauf gelöste Geld nicht des Committenten, sondern des Commissionärs Eigenthum werde. Dies beruht aber auf der doppelten falschen Voraussetzung, daß durch das **del credere** Stehen aus dem Commissionsgeschäft ein **contractus aestimatorius** werde und daß dieser Contract die sofortige Uebertragung des Eigenthums wirke. Die erstere ist oben §. 10. widerlegt worden. Aber auch bei dem Trödelcontract geht das Eigenthum nicht auf den Empfänger über. Vielmehr kann der Uebergeber die Waare, wenn jener sie verpfändet oder sonst auf andre Weise, als durch Verkauf, in andre Hände gegeben hat, von jedem Dritten vindiciren[10]); daß er dieses nicht kann, wenn der Empfänger die Waare verkauft und das Geld unterschlagen hat[11]), beweist

---

8) Püttmann a. a. O. S. 173 f.

9) Riccius a. a. O. S. 31. §. 12. S. jedoch auch §. 41. S. 66.

10) Derselbe §. 42. S. 66. (der sich also widerspricht.)

11) Derselbe §. 55. S. 70.

nicht, daß derselbe Eigenthümer gewesen, sondern hat seinen Grund darin, daß er vom Eigenthümer zum Verkauf ermächtigt war, mithin diesem, wenn er vindiciren will, exceptio rei venditae et traditae entgegensteht.

§. 13.
Der Commissionär als Aufbewahrer fremder Waare.

Bringt, was der gewöhnlichste Fall ist, der Auftrag es mit sich, daß die Waare durch des Commissionärs Hände gehe, so liegt darin zugleich stillschweigend der, für ihre gehörige Aufbewahrung bis zu dem Zeitpunkt, wo er sie laut der erhaltenen Vorschrift wieder wegzugeben hat, bestens zu sorgen. Die dazu nöthige Unterbringung an einem geeigneten Orte ist ihm aber nicht unentgeltlich oder als durch die Provision bereits belohnt anzusinnen; denn diese erhält er lediglich für seine Bemühung beim Einkauf oder Verkauf. Vielmehr gebührt ihm für jene, auch wenn nichts deshalb bedungen ist, das angemessene Lagergeld [1]) (Magazinage). Ob der Commissionär zu Einspeicherung der Waaren fremde Räume gemiethet oder seine eigenen (wozu auch alle nicht ausschließlich für des Committenten Waaren gemietheten zu rechnen sind) dazu hergegeben hat, macht, da er in diesem Falle sonst die Benutzung derselben einbüßen würde, nur insofern einen Unterschied, daß er bei der Unterbringung in fremder Niederlage nur die Erstattung seines wirklichen Verlags zu fordern hat, wogegen bei der Aufbewahrung auf seinem eignen Lager der Lagerzins, wenn darüber, wie gewöhnlich, nichts besonders verabredet ist, nach dem Handelsgebrauch des Platzes sich richtet [2]). Sein Betrag bestimmt sich gewöhnlich, und am

1) Bender a. a. O. S. 212. — Preuß. Landr. Th. II. Tit. VIII. §. 700.

2) So auch Preuß. L. R. a. a. O. §. 701.

natürlichsten, nach der Masse und dem Gewicht der Waare; doch giebt es auch Plätze, wo es herkömmlich ist, ihn nach Procenten von dem Werthe der Waare zu berechnen[3]). Falls nun der Commissionär die Waare auf seinem eignen Speicher unterbringt, so entsteht zwischen ihm und dem Committenten ein neuer, von dem Mandat verschiedener Vertrag, nämlich ein Miethcontract, indem der Committent zu der vom Commissionär zu erwählenden Art und Weise der Aufbewahrung, insofern sie zweckmäßig, im Voraus seine Einwilligung gegeben hat. Dieser Contract ist jedoch immer nur als Nebenvertrag des Mandats und ihm untergeordnet zu betrachten, da dasselbe allein ihn veranlaßt und durch ihn nicht aufhört, vielmehr in der Ausführung unterstützt werden soll. Daher ist auch hinsichtlich der Wahl des Raums zum Unterbringen des Commissionsguts, so wie der Aufsicht über dasselbe, der Commissionär Geschäftsführer des Committenten, da dieser durch die Entfernung hieran verhindert wird. Durch den hinzutretenden Miethvertrag wird also die Verantwortlichkeit des Commissionärs für die Waare weder verstärkt noch vermindert; vielmehr liegt ihm als Führer fremder Geschäfte, wovon die Obhut über deren Gegenstände sich nicht trennen läßt, eine weit genauere Sorgfalt ob, als dem Vermiether eines Locals, der die Bewachung der hineinzubringenden Sachen nicht ausdrücklich übernommen hat[4]); eine um so größere Sorgfalt, als er für diese Geschäftsführung gelohnt wird[5]), wenn gleich die Belohnung nicht besonders und ausdrücklich für die Obhut bedungen und in Fällen, wo diese nicht vorkommt, nicht geringer ist[6]). Die Sorgfalt, welche

---

3) Z. B. Cadix. Büsch a. a. O. S. 201.

4) Vgl. Fr. 55. pr. D. locati. 19. 2. mit c. 13. 21. C. mandati 4. 35.

5) Fr. 40. 41. D. locati.

6) Fr. 5. D. nautae caupones etc. 4. 9.

der Commissionär zu leisten hat, ist aber die größte, welche ein ordentlicher Kaufmann auf die Verwahrung seiner eignen Waaren zu verwenden pflegt (s. o. §. 6.). Er hat also vollen Ersatz zu leisten, wenn die Commissionswaaren in Folge der Verabsäumung irgend einer ihm zu Gebote gestandenen, nicht mit unverhältnißmäßigen Kosten verbundenen Vorsichtsmaßregel entwendet oder beschädigt worden sind. Nichts Anderes als diese Haftung für **omnis culpa** ist auch gemeint, wenn man gewöhnlich sagt, daß er **culpam levissimam** prästiren müsse. — Vermöge dieser Obliegenheit hat der Commissionär z. B. die Waare gegen Feuer zu versichern, sobald es ihm nicht ausdrücklich untersagt ist; denn diese Vorsicht ist jetzt bei dem ordentlichen Kaufmann in der Regel [7]). Er ist also ersatzpflichtig, wenn die Waare verbrennt, ohne versichert zu sein, gesetzt auch, daß die Feuersbrunst selbst ganz ohne seine und seiner Leute Schuld ausgebrochen wäre. Er ist ferner verantwortlich, nicht nur wenn er die Waare an einem offenen, Dieben leicht zugänglichen Orte liegen gelassen hat und sie da gestohlen werden, so wie wenn die eigne oder fremde Niederlage, worin er sie untergebracht, gegen den Eindrang des Regenwassers oder eine der Lage nach zu befürchtende Ueberschwemmung nicht geschützt ist und die Waaren durch eingedrungenes Wasser verderben, was Alles **culpa lata** sein würde; sondern auch wenn er genaue Untersuchung der Schlösser des Speichers, worein er die Waaren schafft, verabsäumt, oder denselben bei einer einsamen, abgelegenen Lage unbewacht gelassen hat und hierdurch ein vorgefallener Diebstahl erleichtert worden ist, oder wenn der Eindrang einer den Waaren verderblich gewordenen Wasserfluth nicht als wahrscheinlich, aber doch als möglich vorauszusehen war. Dagegen ist er anspruchsfrei, wenn eine Räuberbande seine

---

7) Heise, im Archiv des Handelsrechts; H. IV. Nr. 30. Pöhls a. a. O. S. 193.

Wächter oder Hunde überwältigt und den Speicher erbrochen, ja auch wenn jene, obwohl er Grund hatte, sie für ehrlich zu halten, doch von Dieben bestochen, diese vergiftet worden sind. Denn da der Committent nicht erwarten kann, daß er die Waare selbst bewache, so sind auch die Wächter nicht als seine Substituten, für deren Handlungen er wie für eigne zu stehen hätte (s. o. §. 6. Note 12.), zu beachten, und die Meinung Einiger, daß der Verwahrer einer fremden Sache für deren Entwendung schlechterdings und ohne Rücksicht auf culpa verantwortlich sei, ist ungegründet[8]). Eben so wenig ist der Commissionär in Anspruch zu nehmen, wenn eine Sturmfluth, welche die Deiche durchbrochen und das Land überschwemmt, dabei den Speicher eingerissen hat. Keineswegs könnte ihm in diesen Fällen die Gewißheit entgegengesetzt werden, daß er dem Raube oder Diebstahle durch Aufstellung einer starken Soldatenwache, der Wasserfluth durch Ziehung eines Dammes hätte vorbeugen können. Denn das sind außerordentliche Maßregeln, von denen wegen ihrer Kostbarkeit nicht vorauszusetzen ist, daß der Commissionär sie erwarte und zu bezahlen bereit sei. So ist auch der Commissionär unverantwortlich, wenn der Committent ihm die Versicherung der Waare gegen Feuer untersagt und der Blitz in den Speicher geschlagen hat, gesetzt auch, daß er unterlassen hätte, diesen mit einem Wetterableiter zu versehen, oder daß er einen damit versehenen eben so wohl hätte wählen können; der Speicher müßte denn wegen seiner hohen Lage oder metallenen Dachs dem Wetterschlag besonders ausgesetzt sein. Er würde aber Ersatz leisten müssen, wenn der Brand, der die Waaren verzehrt hat, durch irgend eine, auch noch so geringe, Fahrlässigkeit seiner selbst oder seiner Leute veranlaßt worden ist. Nur wenn er die Waare länger, als er nach dem Auftrage

---

8) Hasse a. a. O. §. 81 f. S. 303 f. d. n. Ausg. Hepp die Zurechnung im Gebiete des Civilrechts, Tübingen. 1838. S. 38.

sollte, durch seine Schuld an sich behalten hat, haftet er auch für den Zufall; z. B. wenn der Verkaufscommissionär die bereits verkaufte Waare an den zum Empfange bereiten Käufer nicht abgeliefert, der Einkaufscommissionär die ihm aufgegebene Absendung der eingekauften Waare durch eigne Schuld verzögert hat, oder dies durch die Saumseligkeit des von ihm nicht mit der größten Vorsicht erwählten Fuhrmanns geschehen ist. Nur der Beweis, daß derselbe Unfall die Waare auch nach der Ablieferung getroffen haben würde, kann dann ihn befreien [9].

Außer diesen Fällen der Verschuldung und des Verzugs hat der Committent, als Eigenthümer, die der Waare etwa zustoßenden Unfälle allein zu tragen [10]. Es macht auch keinen Unterschied, wenn der Commissionär del credere steht; denn dadurch übernimmt er nur die Gefahr des Zahlungseingangs, nicht die der Waare [11]. Dieser Grund, und somit der Rechtssatz selbst, ist jedoch nicht anwendbar auf den Fall, wenn der Einkaufscommissionär die Waare selbst liefert. (S. o. §. 12.) Hier geht die Gefahr in der Regel erst mit der Absendung für Rechnung des Committenten auf diesen über; es wäre denn, daß derselbe bereits genehmigt hätte, eine gewisse individuell bezeichnete Waare vom Commissionär zu kaufen, wo denn das Mandat aufhört und ein Kauf an dessen Stelle tritt, von dessen Abschluß an nach Römischen Rechten der Käufer die Gefahr zu tragen hat. Nach denselben Grundsätzen des Kaufcontracts geht denn auch die Gefahr in dem Falle sofort auf den Verkaufscommissionär über, wenn dieser erklärt, die Waare für das Limito oder einen höhern Preis selbst behalten zu wollen (s. o. §. 6.); denn einer neuen Einwilligung des Committenten bedarf

---

9) Hepp a. a. O. 42. Code civil, art. 1302.

10) So auch Pardessus a. a. O. Nr. 573.

11) Püttmann a. a. O. S. 172. Diejenigen, welche glauben, daß durch das del credere Stehen sogar das Eigenthum der Waare übergehe, müssen freilich hier andrer Meinung sein.

es dann nicht, da er schon durch Stellung des Limito im Voraus eingewilligt hat, die Waare für diesen oder einen bessern Preis jedem Käufer überlassen zu wollen. Dabei bleibt jedoch dem Committenten frei, das Limito mit umgehender Post zu widerrufen und dem Handel zu widersprechen, sofern es dazu noch Zeit ist (s. u. §. 16.); es ist also bis zum Eingang der nächsten Post der Handel nur auf Seiten und zu Lasten des Commissionärs, hinsichtlich des Uebergangs der Gefahr, als unwiderruflich abgeschlossen anzusehen, doch so daß der Wiederruf, wenn mittlerweile die Waare verunglückt ist, auch rückwärts wirken und den Schaden auf den Committenten wälzen muß. Bietet der Commissionär für den Selbstankauf der Waare einen Preis **unter** dem Limito, so geht die Gefahr natürlich erst dann auf ihn über, wenn der Committent eingewilligt hat, sie ihm für diesen Preis zu überlassen.

Eben diese Grundsätze gelten denn auch vom Trödelcontract. Auch hier hat der Empfänger der Waare den Untergang, die Beschädigung oder Entwendung derselben nicht schlechterdings, sondern nur insofern ihm ein Versehen zur Last fällt, zu tragen [12]). Denn vermöge der ihm zustehenden Wahl zwischen Zurückgabe der Waare und Zahlung des Preises kann er immer sagen, daß er die Waare zurückgeben würde, wenn sie noch vorhanden wäre, oder daß er sie in dem Zustande, wie er sie empfangen, zurückgeben würde, wenn sie nicht durch Zufall beschädigt worden wäre. Letzteres, daß er das periculum deteriorationis nicht trage, kann nach dem ausdrücklichen Inhalt der Gesetze über einen soweit analogen Fall nicht bezweifelt werden [13]); daß ihn aber das periculum interitus treffe, darf aus andern ähnliche Fälle behandelnden Stellen [14]) nicht gefol-

12) **Glück** Erl. der Pand. Th. 18. S. 69 f.

13) Fr. 11. D. de jure dot. 23. 3.

14) Fr. 47. §. 3. D. de leg. I. (30.) Fr. 95. de solut. et lib.

gert werden; denn sie handeln sämmtlich von Fällen, wo der Schuldner sich mit dem Schaden des Gläubigers bereichern würde, wenn er nach Untergang eines Gegenstandes von zweien, worunter er einen nach seiner Wahl zu liefern hatte, nun ganz frei werden sollte, oder, wie die Stelle aus dem Titel de jure dotium, vom Ehemanne, der die inferirte und nicht mehr vorhandene Sache vermuthlich in seiner Haushaltung gebraucht und genutzt hat, ja den Römern sogar als dominus derselben galt. Dagegen würde der Eigenthümer der beim Trödelcontract übergebenen Sache sich offenbar durch den Schaden des Empfängers bereichern, wenn dieser für die ohne seine Schuld untergegangene Waare Zahlung leisten sollte. Vielmehr geht die Gefahr erst dann auf Letztern über, wenn er erklärt hat, daß er die Waare unbedingt bezahlen wolle. Dadurch hat er entweder eingewilligt, sie selbst zu kaufen, oder bekannt, sie schon verkauft zu haben. Nichts Anderes sagt wohl die Stelle Ulpians[15]), worin Viele den Beweis gefunden haben, daß bei diesem Contract die Gefahr schlechterdings auf den Empfänger übergehe[16]): Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit. Man darf dies nicht so verstehen: qui rem suscepit, sondern es heißt: qui aestimationem suscepit, i. e. pretium solvendum. Diese Erklärung, welche vielleicht an sich etwas gezwungen erscheinen könnte, wird dennoch nicht nur dadurch unterstützt, daß vorher die res gar nicht erwähnt ist, sondern auch unabweislich nothwendig dadurch, daß Ulpian an einer andern Stelle[17]) ausdrücklich lehrt, in der Regel und wenn nicht die Verhandlungen auf eine andre Absicht schließen lassen, habe der

---

(46. 3.) Fr. 10. §. 6. de jure dot. 23. 3. Fr. 34. §. 6. De contrah. emt. 18. 1.

15) Fr. 1. §. 1. de aestim. 19. 3.

16) Vgl. Riccius a. a. O. S. 68. §. 48.

17) Fr. 17. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 4.

Empfänger der Waare nicht für den Zufall, sondern nur für dolus und culpa zu stehen. Doch soll nach eben dieser dann, wenn der Vorschlag zu dem Contract von dem Uebernehmer ausgegangen ist, angenommen werden, daß er die Gefahr habe tragen wollen und sollen. Ein Fall, der im Commissionshandel nicht leicht vorkommt; denn allgemeines Erbieten zur Uebernahme von Commissionsgeschäften auf diese Bedingungen kann dahin nicht gerechnet werden, da dadurch noch kein Vertrag über eine bestimmte Waare eingeleitet wird. (S. o. §. 5.)

§. 14.
Von mehren Commissionären.

Mehre Commissionäre haften hinsichtlich aller vorstehend erwähnten Verbindlichkeiten solidarisch und jeder von ihnen für Alles, was von dem Andern nicht geleistet worden ist [1]). Dadurch ist jedoch die Rechtswohlthat der Theilung, so weit sie den solidarischen Mitschuldnern überhaupt zusteht [2]), nicht ausgeschlossen, und es kann also, insofern von theilbaren Verbindlichkeiten die Rede ist, jeder Einzelne erst dann aufs Ganze belangt werden, wenn die andern zahlungsunfähig oder nur mit Schwierigkeit zu belangen sind. Davon macht jedoch nach heutigem Recht der Fall eine Ausnahme, wenn die Commission einer aus mehren Personen bestehenden Firma ertheilt und unter dieser übernommen ist. Solche Handlungsgenossen können auf Theilung der Verbindlichkeit nie Anspruch machen, da die Commission nothwendig entweder durch einen von ihnen im Namen der Uebrigen oder durch einen Procuristen im Namen Aller übernommen sein muß, in diesen Fällen aber die besondre solidarische Verbindlichkeit der Socii eintritt [3]), bei welcher nach

1) Fr. 60. §. 2. mand. v. c.

2) Nov. 99. c. 1.

3) Fr. 13. §. 2. Fr. 14. D. de inst. act. 14. 3.

heutigem Recht die Rechtswohlthat der Theilung wegfällt [4]). Ist die Verbindlichkeit untheilbar, wie wenn von dem Einkaufscommissionär die Herausgabe der eingekauften Waaren verlangt wird, und die Commissionäre sind nicht Handlungsgesellschafter, so kann die Klage nur gegen alle zusammen gerichtet werden. Sobald aber die Waare durch Verschuldung der Commissionäre, es sei nur Eines oder Aller, untergegangen oder entwendet ist und dafür Ersatz gefordert wird, tritt die solidarische Haftung jedes Einzelnen wieder ein und jeder muß auch für das aufkommen, was seine insolventen Mitbeauftragten verschuldet haben.

§. 15.

Ansprüche des Commissionärs nach ausgeführter Commission.

Nachdem der Commissionär den ihm ertheilten Auftrag getreulich vollzogen hat, ist er befugt, von dem Committenten die verabredete oder im Mangel einer Abrede darüber die übliche Provision zu fordern. (S. o. §. 3.) Diese ist als reiner Lohn für seine Bemühung zu betrachten. Daher ist sie nach Verhältniß des Kaufpreises zu gewähren, es mag nun der Handel für den Committenten mehr oder weniger vortheilhaft oder gar nachtheilig ausfallen, sobald er nur vorschriftsmäßig vollzogen ist. Doch ist hier nach der Natur der Sache noch ein Unterschied zwischen dem Verkaufscommissionär und dem Einkaufscommissionär zu machen. Jener erhält desto mehr Provision, je theuerer er verkauft; sein Gewinn steht also in gleichem Verhältnisse mit dem Vortheil des Committenten, oder doch gewiß im umgekehrten Verhältnisse mit dem Schaden desselben. Dagegen würde des Einkaufscommissionärs Provision, wenn sie von der Summe, die er für den Committenten bezahlt, schlech-

4) Kind qu. for. T. IV. cap. 17. ed. II.

terdings abhängig gemacht würde, im umgekehrten Verhältniß mit dem Vortheil des Committenten stehen, indem dieser desto mehr Provision entrichten müßte, je theurer für ihn eingekauft worden ist, und dagegen den Commissionär desto geringer zu lohnen hätte, je besser derselbe durch wohlfeilen Einkauf für ihn sorgt. Dies ist nicht als in der Absicht des Committenten liegend vorauszusetzen. Daher ist es billig, daß die Provision des Einkaufscommissionärs bei limitirten Aufträgen, es mag zum Limito oder unter demselben gekauft worden sein, nach dem Limito sich richte, bei unbestimmten Aufträgen aber nach dem couranten Preise der Waare, insofern dieser nur nicht überschritten worden ist. Denn eben aus dem obigen Grunde, weil die Provision blos zu Belohnung der Mühe des Commissionärs bestimmt ist, würde die Provision des wohlfeiler einkaufenden Commissionärs deshalb, weil er weniger auszulegen hat, mit Unrecht herabgesetzt werden. Durch den Betrag der Auslage können blos die Zinsen, die er davon berechnen kann, bestimmt werden.

Aus demselben Grunde muß dem Commissionär auch, außer der Provision, Alles erstattet werden, was er wegen Ausführung der Commission etwa aufgewendet hat [1]). Dahin gehört also bei Einkaufscommissionen zuvörderst das ausgelegte Kaufgeld; ja wenn der Commissionär, dem dies nicht verboten war (s. §. 11.), oder der sich nicht ausdrücklich zum Vorschießen der Kaufsumme verbindlich gemacht hat, auf Zeit einkauft, so kann er noch vor geleisteter Zahlung verlangen, daß der Committent ihn von der deshalb contrahirten Schuld befreie oder ihm Deckung dafür anschaffe [2]). Ferner gehört dahin bei beiden, dem Einkaufs- und dem Verkaufscommissionär, das Lager-

1) Fr. 10. §. 9. Fr. 12. §. 9. Fr. 27. §. 3. 4. Fr. 56. §. 4. D. mand. c. 1. 4. C. eod.

2) Fr. 45. pr. §. 2—5. mand.

geld (s. §. 13.), so wie alle solche Auslagen, welche der Commissionär nothwendiger oder nützlicherweise zu Ausführung des Auftrags gemacht hat, z. B. verlegte Frachtlöhne, Mäklergebühren, Wachgelder, Packkosten, Abgaben, ingleichen diejenigen Kosten, die bei manchen Waaren, wenn sie lange lagern, zu deren Erhaltung aufgewendet werden müssen. Hier gilt baaren Auslagen mit Recht gleich das Arbeitslohn für solche Arbeit, die der Commissionär durch seine eignen Leute verrichten gelassen oder auch selbst verrichtet hat; sobald dieselbe nur ihrer Natur nach nicht von ihm selbst erwartet werden kann, vielmehr durch Miethlinge verrichtet zu werden pflegt. Denn so lange er seine Leute zum Nutzen des Committenten verwendet, muß er sie in seinem eignen Geschäft entbehren. Das Arbeitslohn ist dann so zu bestimmen, wie Arbeiten dieser Art nach dem Gebrauche des Platzes gewöhnlich gelohnt werden [3]). — Bei nicht unverweilt erfolgender Erstattung aller dieser Verläge muß der Committent auch Verzugszinsen davon entrichten und zwar wegen aller baaren Auslagen des Commissionärs von dem Tage an, wo dieselben gemacht worden sind [4]), und wegen des Arbeitslohns, das durch dessen Leute verdient worden ist, von dem Tage an, wo die Arbeiten gethan sind; hingegen wegen des Lagerzinses für das Lagern der Waaren auf des Commissionärs eignem Speicher vom Ablauf des Termins an, an welchem nach der Ortsgewohnheit Miethzinsen bezahlt werden, oder wenn die Waaren nicht bis zu diesem Termin gelagert haben, von dem Tage an, wo der Commissionär sie wieder auslieferte.

Noch ist von dem Falle zu handeln, wenn die anvertraute Waare dem Commissionär Schaden zugefügt hat, wie dies z. B. durch Thiere und durch chemisch angreifende Stoffe geschehen kann.

---

3) Pöhls a. a. O. S. 252. 260.

4) Fr. 12. §. 9. D. mand. Bender a. a. O. S. 223.

Zuvörderst versteht sich von selbst, daß er keinen Anspruch auf Entschädigung machen kann, wenn er in Verwahrung solcher Gegenstände nicht einmal die gewöhnliche Vorsicht gebraucht hat, die ein guter Hauswirth bei dergleichen Dingen zu beobachten pflegt, und der Schade die Folge dieser Verabsäumung ist. Wenn nun aber wegen einer besondern und ungewöhnlichen Eigenschaft der Waare auch eine ganz außerordentliche Behutsamkeit in ihrer Behandlung nothwendig war, z. B. wenn das Thier ganz ungemein bösartig, der Stoff von höchst selten vorkommender Stärke, z. B. Entzündlichkeit, zerfressender Kraft war, und der Schade nur der Unterlassung solcher ganz ungewöhnlichen und in anderen Fällen unnützen Vorsicht zuzuschreiben ist, so ist zu unterscheiden, ob der Committent diese eigenthümliche Beschaffenheit der Waare dem Commissionär bekannt gemacht hat, oder nicht. Hat er dies gethan, so kann es wieder nicht zweifelhaft sein, daß der Commissionär auch die Folgen der Verabsäumung ungewöhnlicher Vorsicht nur sich selbst zuzuschreiben hat. Der Fall aber, wenn der Auftraggeber den Mandatar davon nicht unterrichtet hat, wird von Africanus und von Paulus abweichend entschieden. Dieser erachtet den Mandanten nur dann für ersatzpflichtig, wenn ihm diese Eigenschaft der Sache bekannt gewesen ist; außer daß, wenn der schädlich gewordene Gegenstand ein Thier ist, die gewöhnliche Verbindlichkeit des Herrn eintritt, es noxae hinzugeben, mithin in diesem besondern Falle die Pflicht zur Schadloshaltung nur so weit wegfällt, als der Schade etwa den Werth des Thiers übersteigt [5]). Jener hingegen macht den Mandanten schlechterdings ersatzpflichtig, auch wenn er selbst von der ungemeinen Gefährlichkeit der Sache nichts gewußt hat [6]). Da er aber diese Ansicht darauf stützt, daß das Mandat ein unentgeltlicher

5) Fr. 26. §. 6. 7. mand.

6) Fr. 61. §. 5. D. de furt. 47. 2.

Vertrag der Freundschaft und Gefälligkeit sei, so kommen wir für das Verhältniß des Committenten und Commissionärs über diese Antinomie hinweg, und müssen überall nach Paulus entscheiden; denn dieses Verhältniß ist kein unentgeltliches, da der Commissionär Provision erhält und nur um sie zu verdienen die Commission übernimmt[7]).

Wegen aller dieser Ansprüche hat der Commissionär die **actio mandati contraria.** Der Verkaufscommissionär bedarf ihrer gewöhnlich nicht, da er durch Erhebung des Kaufgeldes, oder, wenn er **del credere** steht, sofort mit dessen Fälligwerden, dafür Schuldner des Committenten wird und so seine Forderungen darauf compensiren kann. Wenn aber sein Auftrag dahin geht, auf Credit zu verkaufen, so braucht er wider Willen mit dem Ersatz seiner Spesen nicht auf den Eingang der Kaufgelder zu warten; es wäre denn dies, wie allerdings gewöhnlich ist, ausdrücklich bedungen, was jedoch nicht als Erlaß der Verzugszinsen auszulegen ist und dem Berechnen von solchen nicht entgegensteht. Es macht in Ansehung der **actio contraria** und der Verzugszinsen auch keinen Unterschied, wenn der Commissionär **del credere** steht; denn auch dann hat er die Kaufsumme erst mit Eintritt des Zahlungsziels zu gewähren, seine Spesenforderung aber ist sofort fällig und klagbar.

Keineswegs aber darf der Verkaufscommissionär die verkauften Waaren dem Käufer vorenthalten, bis der Committent ihn wegen seiner Spesen befriedige. Denn seine Ansprüche beginnen erst nach vollständiger Ausführung des Auftrags[8]). Der Einkaufscommissionär ist eben daher nicht befugt, die Einsendung der eingekauften Waare etwa bis zur Acceptation der Tratten, die er wegen seiner Auslage auf den Committenten

---

7) S. Kritz Pandektenrecht, Th. I. S 72. Hepp die Zurechnung im Gebiete des Civilrechts, S. 67. 69. 73.

8) Luden, das Retentionsrecht. Leipzig 1839. S. 174.

gezogen oder dieser ihm zur Deckung eingeschickt hat, oder gar bis zur wirklichen Zahlung aufzuschieben; er hätte sich denn ausdrücklich bedungen, die Waare bis zu seiner Befriedigung in seinen Händen oder etwa unter einem Spediteur am Orte des Committenten zu halten. Auch dann aber ist er, dafern nicht ausdrückliche Verpfändung hinzukommt, nicht befugt, sie zu seiner Deckung zu verkaufen. Dies kann nur Gerichtswegen geschehen, nachdem er gegen den Committenten bei dessen Obrigkeit geklagt, ein rechtskräftiges Urtheil erlangt und die Waare zum Object der Execution angegeben hat. Nach französischem Recht kann ihn jedoch das für seinen Wohnort competente Handelsgericht nach Untersuchung der Sache sofort zum Verkauf ermächtigen [9]).

Mehre Committenten haften wegen aller dieser Ansprüche solidarisch, auch wenn sie nicht Handelsgesellschafter sind [10]).

Die Frage: welche culpa der Committent zu leisten habe [11])? kann nicht wohl vorkommen, da er als Herr der Waare und des Geschäfts jeden Schaden daran trägt, der nicht erweislich durch culpa des Commissionärs verursacht ist. (Siehe jedoch S. 49.)

---

9) Pardessus a. a. O. Nr. 573.

10) Fr. 59. §. 3. D. mand.

11) Vgl. Pöhls a. a. O. S. 250.

Dritter Abschnitt.

Von Aufhebung der Commissionen.

§. 16.

a. Durch Widerruf des Committenten.

Jede Commission ist ursprünglich und hauptsächlich auf den Vortheil des Committenten berechnet, welcher dadurch eine wegen Entfernung oder sonst für ihn selbst nicht ausführbare vortheilhaftere Art des Einkaufs oder Verkaufs zu erzielen sucht. Dieser wesentliche Charakter wird dadurch nicht geändert, daß dem Commissionär für die Vollziehung des Auftrags eine Belohnung versprochen wird; denn ein Recht desselben hierauf kommt nicht eher zur Entstehung, als nachdem er den Auftrag wirklich vollzogen hat, und es liegt darin keine Zusage, daß dies auch dann geschehen und die Belohnung auch dann gereicht werden sollte, wenn der Committent bei der Ausführung seinen Vortheil nicht mehr fände. Diesen zu beurtheilen muß ihm aber lediglich überlassen bleiben. Daraus folgt, daß er in der Regel den ertheilten Auftrag zurücknehmen könne, sobald es ihm beliebt[1]). Mit Unrecht ist behauptet worden, daß dies nicht mehr geschehen könne, sobald der Commissionär die Commission in sein Buch verzeichnet habe[2]). Diese Beschränkung hat weder in den Ge-

---

1) Fr. 12. §. 16. D. mand. v. c.

2) Bender a. a. O. §. 98. Nr. 2. S. 214.

setzen, noch in der Natur der Sache, noch im Handelsgebrauch irgend einen Grund. Jeder Auftrag kann aber bekannten Rechten nach nur re integra, d. h. so lange noch nicht Unabänderliches zu dessen Ausführung geschehen ist, zurückgenommen werden. Da nun die Commission ein Auftrag zu einem Geschäft ist, vermöge dessen der Beauftragte sich selbst, als Käufer oder Verkäufer, verbindlich machen soll, so kann ein solcher Widerruf dann nicht mehr mit rechtlicher, den Committenten befreiender Wirkung geschehen, wenn der Commissionär in Folge des Auftrags und in dessen Gemäßheit dergleichen Verbindlichkeiten wirklich schon eingegangen hat; denn dann ist, wie die Gesetze sagen, nicht mehr res integra[3]). Es ist auch klar, daß es hierin nicht auf den Zeitpunkt ankommen könne, wo der Committent den den Widerruf enthaltenden Brief geschrieben, sondern nur auf den, wo der Commissionär ihn empfangen hat. Wenn also dieser, ehe ihm der Widerruf bekannt wurde, schon auftragsgemäß eingekauft oder verkauft, d. h. wenn er nur seine Einwilligung in den Handel gegeben, z. B. den Schlußzettel des Mäklers darüber angenommen hat, gesetzt auch, daß die Waare noch nicht abgeliefert wäre, so muß der Committent ihm gegenüber diese seine Handlungen genehmigen[4]) und ihm Spesen und Provision, auch dem Einkaufscommissionär den Kaufpreis, bezahlen. — Aber auch in den seltenern Fällen, wo der Commissionär, ohne sich dem Auftrag gemäß gegen Dritte verpflichtet zu haben, doch durch denselben zu Handlungen veranlaßt worden ist, die nicht rückgängig gemacht werden können und vermöge deren ihm der Widerruf Schaden bringen würde, ist nicht mehr res integra. Dies kommt nur dann vor, wenn

---

3) Fr. 15. D. mand. §. 9. I. de mandato 3. 27. Fr. 12. §. 2. Fr. 34. §. 3. D. de solut. et liber. 46. 3.

4) Fr. 15. und arg. Fr. 26. §. 1. D. mand. und die in der [illegible]gen Note citirten Stellen.

der Commissionär selbst als Käufer oder Verkäufer eingetreten ist. Obiges muß daher auch gelten, wenn der Verkaufscommissionär die Waare zum Limito oder theurer selbst zu behalten erklärt und sie bereits weiter verkauft hat. Doch bleiben dem Committenten, obwohl er nicht verlangen kann, daß ihm die Waare wieder verschafft werde, immer seine Schädenansprüche, insofern er erweist, daß die Waare theurer zu verkaufen gewesen, als der Commissionär sie angenommen hat, und dieses Beweises wird es nicht einmal bedürfen, wenn der Commissionär dieselbe unmittelbar nachdem er sie zu behalten erklärt, das heißt, ohne daß seitdem unerwartete vortheilhafte Handelsconjuncturen eingetreten sind, mit Gewinn wieder verkauft hat. Eben so gilt ein Gleiches, wenn der Einkaufscommissionär, um den Committenten mit seiner eignen Waare zu bedienen, andre Gelegenheiten zu eben so vortheilhaftem Verkauf derselben zurückgewiesen hat und nun, als ihm der Widerruf bekannt wird, die Preise davon gesunken sind. — Weniger kommt zwar auf die Frage: ob zur Zeit des Verkaufs der Widerruf dem Commissionär bekannt gewesen? dann an, wenn von den dinglichen, gegen dritte Besitzer der Waare geltend zu machenden Rechten des Committenten die Rede ist, wovon unten §. 26. Obgleich aber, wie dort gezeigt wird, diese Rechte dadurch, daß der Commissionär vom Widerruf nichts gewußt hat, nicht verloren gehen, vielmehr der Committent demungeachtet die Waare vom dritten Besitzer vindiciren kann, so muß er doch den Commissionär, der deshalb in Evictionsanspruch genommen wird, entschädigen. Dazu ist er durch den Contract gebunden, den der Commissionär nicht verletzt hat; es bedarf also dieses Regresses halber keiner Litisdenunciation.

Hat der Verkaufscommissionär, wenn er den Widerruf empfängt, zwar noch keine unabänderlichen Verbindlichkeiten gegen Andre übernommen, aber doch wegen Ausführung des Verkaufs schon Mühe gehabt, so ist es an vielen Orten

Usanz, ihm die halbe Provision zu gewähren [5]); ja auf manchen Plätzen, wie z. B. in Hamburg, bekommt er sogar die ganze [6]). Man nennt dies die Auslieferungsprovision.

Uebrigens braucht der Committent, um die Commission aufzuheben, sich nicht gerade des Ausdrucks zu bedienen, daß er sie widerrufe. Es genügt, wenn er z. B. den Verkaufscommissionär beordert, die Waare an Jemand Andern auszuliefern, oder ihm anzeigt, daß er sie selbst verkauft habe.

§. 17.

b. Durch Aufkündigung des Commissionärs.

Zu billiger Gleichstellung beider Theile ist auch dem Commissionär in den Rechten nachgelassen, einen schon übernommenen Auftrag wieder aufzugeben und dadurch seiner Verbindlichkeit sich zu entledigen, jedoch nur so lange, als dem Committenten dadurch kein Nachtheil erwächst, daß das Geschäft erst übernommen und dann wieder aufgegeben worden. Diese Freiheit fällt also weg, wenn der Committent im Vertrauen auf die erklärte Uebernahme des Auftrags etwas gethan oder unterlassen hat, was ihm widrigenfalls präjudicirlich werden kann, z. B. wenn dem Verkaufscommissionär die Waare schon übersendet ist, der Einkaufscommittent zu bestimmter Zeit auf den zugesagten Empfang der Waare gerechnet und deshalb andre nicht angeschafft hat, während er sie doch nöthig bedarf, und nun die Gelegenheit nicht weiter vorhanden ist, denselben Auftrag durch einen Andern besorgen zu lassen [1]). Sie fällt auch weg, wenn der Commissionär selbst Schritte gethan oder gar Versäumnisse begangen hat, die es dem Committenten unmöglich machen oder erschweren, die Sache durch einen Andern

---

5) Bender a. a. O. S. 225.

6) Pöhls a. a. O. S. 269.

1) Fr. 22. §. 11. D. mand. §. 11. I. de mand.

gleich vortheilhaft ausführen zu lassen, z. B. wenn der Verkaufscommissionär die Waare schon verkauft, der Einkaufscommissionär die Waare schon bezahlt hätte und nun jener das Kaufgeld nicht eincassiren, dieser mit dem Empfang und der Einsendung der Waaren sich nicht befassen wollte; nicht minder, wenn durch verschuldetes Zögern in Ausführung der Commission eine günstige Conjunctur schon versäumt worden wäre. — Wenn aber kein solcher Umstand noch dazwischen getreten ist, kann der Commissionär blos deshalb, weil der Committent etwa gerade an demselben Platz Niemand Andern hat, dem er dasselbe Geschäft übertragen könnte, bei seiner anfänglichen Erklärung, die Commission übernehmen zu wollen, nicht festgehalten und in der Freiheit der Aufsagung nicht beschränkt werden. So z. B. wenn der Verkaufscommissionär, noch ehe der Committent die Waare abgeschickt hat, der Einkaufscommissionär, noch ehe Gelegenheit zu dem übertragenen Einkauf sich gezeigt hat, die Commission wieder abschreibt. Das angezogene Fr. 22. §. 11., der Hauptsitz dieser Theorie, macht nicht zur Bedingung der zulässigen Aufkündigung, daß dem Committenten die Ausführung des Geschäfts durch Andre eben so leicht sein müsse, als durch den erwählten Mandatar, sondern nur ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi. Integrum[2]) ist aber jedes Verhältniß, das nicht durch äußere hinzugetretene Umstände verändert worden ist. Dadurch, daß Aussicht eröffnet war, ein Verhältniß vortheilhafter zu machen, diese aber wieder verschlossen wird, leidet dessen Integrität nicht. Da Paulus a. a. O. nicht hinzusetzt: aeque commode, so ist das Verhältniß, dessen Integrität er fordert, nicht das durch die Uebernahme des Auftrags erzeugte, sondern das vor derselben vorhanden gewesene. Ja da er nicht sagt: integra copia, sondern nur integrum

2) Vgl. auch §. 11. I. de mand.

jus, so scheint er die Zulässigkeit der Aufkündigung nur für den Fall auszuschließen, wenn durch Umstände, die in Folge der Uebernahme eingetreten, die rechtlichen Verhältnisse des Committenten geändert worden sind. Dasselbe zeigt wohl das gleich folgende Beispiel; denn dadurch, daß der Mandatar eine Waare nicht eingekauft hat, wird dem Mandanten an seinem etwanigen Rechte, sie zu kaufen, nichts entzogen; ein Schaden kann ihm aber dadurch wohl entstehen; gleichwohl soll der Mandatar in diesem Falle nur dann verantwortlich sein, wenn er nicht aufgekündigt hat; falls er aber dies gethan hat, wenn auch die Waare nun nicht mehr in der beabsichtigten Maaße (recte) zu kaufen wäre, doch nur dann, wenn er arglistigerweise (per fraudem) aufgekündigt hat. So scheint also die obige Theorie über das Gesetz hinauszugehn, wenn sie diese Verantwortlichkeit auch für die Fälle annimmt, wo durch Handlungen oder Unterlassungen des Mandatars, oder durch solche Handlungen und Unterlassungen des Mandanten, die aus dem Vertrauen auf die Uebernahme des Auftrags hervorgingen, dem Mandanten die Möglichkeit oder Leichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts, die vor der Uebernahme Statt fand, entzogen worden ist. Doch dürfte diese Ausdehnung durch die Natur der Sache gerechtfertigt sein, und überdies durch ein andres Fragment des Gajus ad edictum provinciale [3]), so wie durch eine Stelle der Institutionen [4]), welche, für integrum jus, integra causa hat, übrigens gleichlautend. — Dagegen gehen nach dem Vorstehenden diejenigen Rechtslehrer wohl zu weit, welche zur Zulässigkeit der Aufkündigung schlechterdings erfordern, daß der Mandant noch Gelegenheit haben müsse, das übertragene Geschäft selbst oder durch einen Andern auszuführen [5]).

---

3) Fr. 27. §. 2. mand.

4) §. 11. I. de mand.

5) Glück Erläut. der Pand. Th. XV. S. 361. Schweppe

Das angeführte Fr. 27. §. 2. h. t. ist in seinem allgemeinen Ausdruck: ut per alium, si velit, rem expedire possit, aus dem speciellen Fr. 22. §. 11. zu erklären. Sonst könnte man mit demselben Rechte aus dem Anfang jenes Fragments herleiten, daß der Mandatar nicht aufkündigen dürfe, so lange es ihm möglich ist, den Auftrag auszuführen. Aber es heißt dabei: alioquin quanti mandatoris intersit, damnabitur, und dieses quod interest ist wohl nach Fr. 22. §. 11. nicht von dem Unterschied, den es ihm macht, daß der Mandatar aufgekündigt hat, sondern von dem zu verstehen, den es macht, daß er erst übernommen und dann aufgekündigt hat, setzt also schon eingetretene Folgen der Uebernahme voraus. — Hiernach bedarf es denn auch keiner besondern Erklärung, was es heißt, wenn die Gesetze sagen, daß die Aufkündigung cum primum poterit und tempestive geschehen müsse. Letzteres will nämlich so viel sagen, als: ehe Folgen der Uebernahme eingetreten sind, welche die frühere Lage der Sachen, wenn die Aufhebung des Mandats hinzukommt, zum Nachtheil des Mandanten ändern würden. Ersteres deutet an, daß der Mandatar, um diesem Eintritt solcher Folgen, auch der von ihm nicht unmittelbar veranlaßten, vorzubeugen, so bald als möglich, nach gefaßtem Entschluß, die Ausführung aufzugeben, dem Mandanten diesen anzeigen muß.

Die Gesetze enthalten aber ferner, daß auch verspätete, ja selbst gänzlich unterlassene Aufkündigung dem Mandatar dann unschädlich, er also für die Unterlassung der Ausführung dann nicht verantwortlich sein soll, wenn wichtige Hindernisse ihn abgehalten haben, die Anzeige zu bewirken[6]). Die Beispiele solcher Hindernisse, welche die Gesetze aufstellen, sind nicht von

---

(Meyer) Röm. Priv. R. Th. III. §. 487 a. E. S. 277. Kritz Pandektenrecht Th. I. S. 77. Nr. 2.

6) Fr. 23. 24. 25. D. mand. §. 11. I. de mand.

der Art, daß gänzliche **Unmöglichkeit**, dies zu thun, darnach erforderlich schiene; vielmehr scheint darnach eine bedeutende, versteht sich, nicht selbst verschuldete, **Schwierigkeit** hinzureichen. Nicht alle diese Beispiele sind in den angezogenen Pandektenfragmenten aus **Paulus** genommen; er hat aber in seinem auf uns gekommenen Werke[7]) ungefähr dieselben; nur daß er hinzusetzt: integra adhuc causa, und daß er diese Beispiele nicht als Beispiele von Fällen unschädlicher Unterlassung der Aufkündigung, sondern als Beispiele erlaubter Aufkündigung aufstellt. Sollte hiernach mit den Worten: „integra adhuc causa" gemeint sein, daß alle angegebene Umstände nur dann Zulässigkeit der Aufkündigung wirkten, wenn noch causa integra, d. h. in der Sache noch gar nichts weiter geschehen oder ungebührlich unterlassen worden sei: so würde diese Auslegung allerdings der obigen Theorie widersprechen, nach welcher bei solcher Lage der Sache die Aufkündigung auch ohne Hinzutritt eines besondern Hindernisses der Ausführung frei ist. Ist nun aber diese Theorie oben als richtig erwiesen, so wird diese Auslegung, obwohl auf den ersten Blick die natürlichste scheinend, dennoch verworfen und die Stelle so verstanden werden müssen, daß die aufgeführten vier Fälle von der Integrität der Sache unabhängig gedacht werden, diese Integrität aber als der fünfte die Aufkündigung selbständig zulässig machende Fall hinzukommt. Die concise Kürze, die den Styl des Paulus in dieser Schrift überall auszeichnet, läßt gewiß diese Auslegung um so weniger hart und anstößig erscheinen[8]).

---

7) Rec. sent. Lib. II. tit. 15. §. 1.

8) Eben so interpretirt **Kritz**, Pandektenrecht Th. I. S. 80., doch, wie mir scheint aus einem nicht richtigen Grunde; weil er nämlich integra causa übersetzt: „ehe der Auftrag angenommen ist", so daß also renuntiare bei den ersten vier Beispielen **aufkündigen**, bei diesem aber **ausschlagen** bedeuten würde.

§. 18.

c. Durch Todesfälle.

Bekanntlich erlischt das Mandat, auch wenn einer der beiden Theile stirbt, ehe das aufgetragene Geschäft ausgeführt oder so weit eingeleitet ist, daß es nicht mehr rückgängig gemacht werden kann; jedoch hebt der Tod des Mandanten erst sobald ihn der Mandatar erfährt, die Obligation auf, so daß also die nach solchem Todesfall, aber vor erhaltener Nachricht davon, bewirkte oder auch nur bis zur Unwiderruflichkeit des Geschäfts eingeleitete Ausführung von den Erben des Mandanten genehmigt werden muß[1]). Wenn nun kaufmännische Commissionen unter den persönlichen Namen der Betheiligten ertheilt sind, so sind diese Grundsätze gewiß auch auf sie anzuwenden. Denn die Ausnahme, daß die Geschäfte, welche ein vom Verstorbenen gesetzter Institor oder Handlungsfactor vor Antritt der Erbschaft macht, von den nachher eintretenden Erben genehmigt werden müssen[2]), läßt sich auf den Commissionär für ein einzelnes Geschäft nicht anwenden[3]), da sie nur den Zweck hat, den Schaden zu vermeiden, der dem Nachlasse erwachsen müßte, wenn der Institor plötzlich in Unthätigkeit versetzt würde und so das ganze Gewerbe ins Stocken geriethe[4]). — Wenn hingegen bei Ertheilung der Commission die Firma des Committenten oder des Commissionärs genannt ist, so treten nothwendig andre Verhältnisse ein. Denn obige Grundsätze sind allein aus der Betrachtung hervorgegangen, daß einerseits jeder Auftrag auf persönlichem Zutrauen zum Mandatar beruht, welches mit dem Tode desselben wegfällt, andrerseits durch den Tod des Man-

1) Fr. 26. pr. §. 1. Fr. 58. pr. D. mand. v. c. §. 10. I. de mand. Fr. 19. §. 3. D. de donation. 39. 5.

2) Fr. 5. §. 17. Fr. 17. §. 3. D. de instit. act. 14. 3.

3) Andrer Meinung ist Pöhls a. a. O. S. 252.

4) „Propter utilitatem promiscui usus.“ Fr. 17. cit. §. 2.

danten dessen Verfügungsrecht auf andre Personen übergeht, deren Willenserklärung der Mandatar erst abwarten muß, weil das Mandat nur durch den Willen des Mandanten fortbesteht, die Fortdauer dieses Willens aber nur so lange, als die Identität der Person bleibt, aus dem Stillschweigen präsumirt werden kann[5]). Wird aber eine Commission an eine Firma ertheilt, so versteht sich nicht nur dann, wenn das beauftragte Handlungshaus aus mehren Genossen besteht, von selbst, daß der Tod eines oder einiger von ihnen nichts ändert, da mehre Mandatare solidarisch verpflichtet sind (§. 14.); sondern auch wenn der Verstorbene der einzige Complementär und Firmaführer war oder alle Genossen gestorben sind, muß angenommen werden, daß das Zutrauen des Committenten so lange fortdauere, als diese Firma besteht. Denn er konnte ja, wenn dies nicht seine Meinung gewesen wäre, dem Inhaber der Handlung persönlich oder, wie es die Kaufleute nennen, en particulier, den Auftrag geben; auch sind die Personen, welche ein Handlungshaus bilden, den auswärtigen Correspondenten desselben sehr oft gar nicht bekannt. Der Nachfolger in der Firma darf und muß also die seinem Vorgänger gegebene Commission vollziehen. Aus entsprechenden Gründen darf und muß ein Commissionär, welchem unter einer Handlungsfirma ein Auftrag zum Einkaufen oder Verkaufen ertheilt ist, diesen so lange als die Firma fortdauert, ohne Rücksicht auf ihm etwa bekannt werdende Todesfälle unter ihren Inhabern, als unverändert wirksam betrachten und ausführen, nicht

---

5) Setzt man (mit Glück a. a. O. Th. 15. S. 331) den Grund der Aufhebung des Mandats durch den Tod des Mandanten darein, daß die Ausführung eines Auftrags nur aus Dienstfertigkeit und Gefälligkeit, welche auf persönlichen Rücksichten beruhen, übernommen werde, so ist dies zuvörderst auf entgeltliche Aufträge, wie die Handelscommissionen, nicht anwendbar, erklärt aber auch nur, daß der Mandatar nach dem Tode des Mandanten den Auftrag nicht ausführen muß, nicht, daß er es nicht darf.

nur wenn er weiß, daß das committirende Handlungshaus aus mehren Genossen bestand und nicht alle gestorben sind [6]), sondern auch wenn ihm hiervon nichts oder das Gegentheil bekannt ist. — Es trifft sich bisweilen, daß nach dem Tode eines allein handelnden und keine andre Firma, als seinen persönlichen Namen, führenden Kaufmanns dieser Name doch von einem anders genannten Nachfolger, der dessen Geschäft unverändert übernimmt, als Firma fortgeführt wird. Ein solcher muß von dieser Veränderung sowohl den Committenten als den Commissionären des Verstorbenen sofort Anzeige machen. Werden ihm dann von jenen nicht umgehend die Commissionen contramandirt, so hat er sie als fortbestehend zu betrachten; ja wenn der Vortheil eines Committenten unverzügliche Ausführung erfordert, so hat er sich ohne Abwartung seiner Erklärung derselben zu unterziehen. Denn in der Fortführung der Firma liegt auch präsumtiv die Uebernahme der Verbindlichkeiten des Verstorbenen. Es muß also der Committent dann diese seine Handlungen auch genehmigen. Eben so dürfen und müssen die Commissionäre des Verstorbenen, wenn der Nachfolger nicht mit jener Anzeige zugleich die Commissionen zurücknimmt oder modificirt, dieselben nach den Vorschriften des Verstorbenen ausführen, unaufschiebliche aber auch vor Eingang dieser Anzeige. Daß aber in dem angenommenen Falle ein Commissionär des Verstorbenen auch ohne jene Anzeige und die darin liegende stillschweigende Bestätigung, die von dem Verstorbenen ertheilten Commissionen, und daß der Nachfolger auch vor Ankunft der umgehenden Post nach seiner Anzeige, die dem Verstorbenen gegebenen Aufträge blos wegen des Fortbestehens der Firma als fortdauernd betrachten dürfe, auch wenn ohne Nachtheil des Committenten die Ausführung verschoben werden kann: dies dürfte nicht zu behaupten sein. Denn da bei den dem Verstorbenen

---

6) arg. Fr. 59. §. 3. D. mand. v. c.

gegebenen Commissionen dessen Name gebraucht war, so darf man den wenigstens möglichen Beweggrund des persönlichen Zutrauens in ihn nicht aus den Augen setzen, und eben so können dessen Commissionäre, da sie ihre Aufträge von einem gewissen Individuum erhalten haben, nicht wissen, ob dessen Nachfolger gleicher Ansicht über seinen Vortheil sei, was aus der Firma allein nicht zu schließen ist.

§. 19.

d. Aufhören der Firma. Bankerott.

Auf der andern Seite ergiebt sich aus den vorstehend erwähnten heutigen Handlungsverhältnissen, daß unter einer gewissen Firma ertheilte Einkaufs-Commissionen im Allgemeinen nicht als fortbestehend betrachtet werden können, sobald die Auflösung des unter dieser Firma bestandenen Geschäfts, sei es auch bei Lebzeiten der Inhaber, dem Commissionär bekannt gemacht oder die öffentliche Ankündigung davon zu seiner Kenntniß gelangt ist. Nur solche Aufträge, bei denen der Verzug Nachtheil bringen würde, darf und muß dann der Commissionär, wenn sie nicht ausdrücklich widerrufen werden, noch vollziehen; bei Geschäften, welche Aufschub leiden, darf er die Fortdauer des unter so wesentlich verschiedenen Umständen erklärten Willens des Committenten nicht ohne Weiteres voraussetzen, sondern muß, ehe er handelt, dessen neue Vorschriften abwarten. In der Natur der Sache liegt es aber, daß dies nur von dem Einkaufscommissionär gilt, welcher sogar fast nie in dem Fall sein kann, unter diesen Umständen die nicht erneuerte Commission noch ausführen zu dürfen, da ein durch Einkauf zu erlangender Vortheil die Fortsetzung des Handels voraussetzt. Dagegen ist dem sein Geschäft aufgebenden Kaufmann präsumtiv daran gelegen, alle seine Waaren sobald als möglich ins Geld zu setzen; mithin kann der Verkaufscommissionär in diesem Aufgeben an sich keinen Grund erblicken, eine Sinnesänderung des

Committenten anzunehmen. — Uebrigens bedarf es kaum der Erinnerung, daß Obiges nur von dem Fall zu verstehen ist, wenn ein unter einer gewissen Firma bestandenes Handlungs- oder Fabrikgewerbe völlig aufhört, nicht von dem Falle, wenn nur Veränderung der Firma, bei gleichmäßigem Fortgang des Gewerbes, angezeigt wird. Dies kann natürlich gar keinen Einfluß haben. Selbst wenn damit eine Veränderung in den Personen der Inhaber verbunden ist, muß der Einkaufscommissionär die erhaltenen Aufträge als fortbestehend betrachten, weil anzunehmen ist, daß sie den in das Geschäft Eintretenden bekannt gewesen seien und also, wenn sie die Ausführung nicht gewollt, von ihnen widerrufen worden sein würden.

Wenn der Commissionär sein Geschäft aufgiebt, so kann er durch diese seine einseitige Handlung nicht berechtigt werden, sich sofort seiner Verbindlichkeiten entledigt zu achten oder auch nur die Commission unter Umständen, die ihn sonst von dem Befugniß der Aufkündigung ausschließen (§. 17.), aufzukündigen. Da aber diese veränderten Umstände dem Committenten leicht ein Beweggrund werden können, die ertheilte Commission zu widerrufen, so ist der Commissionär unstreitig verbunden, ihn davon sofort zu unterrichten und, sofern es ohne Nachtheil geschehen kann, die Ausführung des Auftrags bis zu Eingang seiner Erklärung auszusetzen. Eine öffentliche Bekanntmachung durch die Zeitungen oder Anschlag an der Börse am Wohnort des Committenten kann diese Notification nicht ersetzen, da letzterer keine Verbindlichkeit hat, sich darum zu bekümmern, und seine besondern Verbindungen mit dem Commissionär ihm Anspruch darauf geben, daß derselbe von solchen ihm wichtigen Veränderungen ihm persönlich Nachricht gebe.

Zu den Fällen der Geschäftsaufgabe, welche die Annahme der Fortdauer einer ertheilten, noch unvollzogenen Commission ausschließen, gehört besonders auch der Bankerott. Und zwar muß eine jede durch eingetretenes Falliment sowohl des Com-

missionärs [1]) als des Committenten, obwohl nur insofern noch res integra ist, und bei Letzterem, insofern der Commissionär das Falliment erfahren hat (s. §. 17.), sofort für aufgehoben geachtet werden. Auch gilt dies in gleichem Maaße von Verkaufs- wie von Einkaufscommissionen. Denn fällt der Committent in Concurs, so hört sein Recht, über sein Eigenthum zu verfügen, auf, und der Commissionär muß erst abwarten, ob seine Nachfolger, die Gläubiger, seine Dispositionen für zweckmäßig erachten und gut heißen werden. Fallirt der Commissionär, so ist er nicht mehr eine zu Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts geeignete Person, da der Auftrag dahin geht, in seinem eignen Namen zu contrahiren, ein Fallit aber dies giltigerweise nicht kann, und da der Verkaufscommissionär durch Einziehung der Gelder für seine Masse den Committenten, der dann nur unter den chirographarischen Gläubigern seine Befriedigung enthalten könnte, betrügen, der Einkaufscommissionär durch Einthun der Waaren dem Committenten wenigstens die Last aufbürden würde, sein Eigenthum an denselben erst beweisen zu müssen und deshalb Kosten aufzuwenden. Die Gläubiger aber, oder an ihrer Stelle der Concursvertreter, können sich die Ausführung einer dem Gemeinschuldner ertheilten Commission nicht anmaßen, da dem Committenten ein andrer Geschäftsbesorger als der, den er sich selbst gewählt hat, nicht aufgedrungen werden kann. Wenn jedoch der Curator oder Sequester der Masse für deren Rechnung Commissionswaaren, es sei bona oder mala fide, verkauft hat, so muß der Erlös — wenn er eingegangen — dem Committenten voll gezahlt, außerdem aber die Forderung an den Käufer ihm abgetreten, und er kann nicht unter die chirographarischen Gläubiger verwiesen werden. Denn der Curator hat dadurch des Committenten Geschäft geführt und die Gläubiger müssen ihn als ihren Institor vertre-

1) Bender §. 94. S. 211.

ten[2]). Ja sie müssen den Committenten auch entschädigen, wenn die Waare unter dem Limito oder sonst unter dem leicht dafür zu erlangen gewesenen Preise verkauft worden ist. — Hat der Gemeinschuldner die Waare bereits verkauft, aber den Betrag noch nicht eincassirt, so ist nicht mehr res integra, und der Concursvertreter kann also das Geld einziehen, um sich wegen der etwanigen Forderungen des Gemeinschuldners an den Committenten davon bezahlt zu machen. Der Ueberschuß aber ist diesem voll, als eine Masseschuld, zu gewähren; denn die Forderung des Kaufgelds ist zwar dem Käufer gegenüber nur eine Forderung des Commissionärs, nicht aber im Verhältniß zwischen diesem und dem Committenten; vielmehr tritt der Concursvertreter, indem er durch Eincassirung des Kaufgelds den Auftrag vollends zu Ende bringt, selbst als Commissionär ein, und der Committent kann also mit seinem Anspruch aus dem Mandat nicht unter die Concursgläubiger verwiesen werden.

§. 20.

Wirkungen der Aufhebung der Commission. Vom Retentionsrecht.

Wenn eine Commission durch Widerruf des Committenten oder einen in seiner Person sich ereignenden Zufall aufgehoben wird, so hört der Contract insoweit auf, zu sein, daß alle darin gegründete Rechte des Committenten und Verbindlichkeiten des Commissionärs wegfallen. Es hat also auch jener nicht mehr die actio mandati directa. Vielmehr muß der Verkaufscommittent die eingesendete Waare vindiciren oder durch condictio sine causa zurückfordern, der Einkaufscommittent die etwa schon übermachte Deckung condiciren, sobald diese oder jene vom Commissionär nicht in Güte wiederzuerlangen ist. — Daß der Wi-

2) S. Reinhard die Ordnung der Gläubiger im Concurs, §. 42. und 69.

derruf, um überhaupt von Wirkung zu sein, nothwendig **re integra** geschehen muß, ist bereits §. 16. bemerkt worden, so wie §. 17. und 18., daß auch andre auf Seiten des Committenten vorkommende Ereignisse nur unter derselben Voraussetzung die Aufhebung hervorbringen können. Aber auch wenn diese Erfordernisse vorhanden sind, kann eine solche einseitige Handlung doch immer die Rechte nicht beeinträchtigen, die der Commissionär auf Grund des Contracts schon erworben hat. Es bleibt ihm also der Anspruch auf Erstattung aller §. 15. aufgezählten Auslagen und der denselben gleich gestellten Posten, wie auch, sofern die Usanz ihm zur Seite steht, der auf die §. 16. erwähnte Auslieferungsprovision und auf die ebendaselbst gedachte Vertretung wegen Dessen, was er vor Empfang der Nachricht zu Ausführung der ihm unbewußt schon aufgehobenen Commission etwa schon contrahirt hat, wenn der Committent es etwa durch dingliche Ansprüche vereitelt. Deshalb hat er die **actio mandati contraria**, aber auch gegen die wider ihn erhobene **condictio** auf Gelder die Compensation und gegen die **Publiciana** oder **condictio** auf Auslieferung der Waaren ein Retentionsrecht [1]). Neuerlich ist zwar die Meinung aufgestellt worden, daß dieses Recht und die **actio contraria** nicht zugleich zustehen könnten [2]). Aber der dafür angeführte Grund, daß beide verschiedene Zwecke haben, nämlich die Klage sofortige Zahlung und die Retention blos Vorenthaltung des Besitzes bis zur Zahlung, deren Zeit dabei immer dem Schuldner überlassen bleibt — dieser Grund scheint mir nicht durchschlagend. Zum Klagen kann Niemand gezwungen werden; gesetzt aber auch, der Mandatar klagt wirklich, so ist nicht abzusehen,

1) arg. Fr. 25. in f. Fr. 26. D. de procurat. 3. 3. Anders, aber, wie mir scheint, sehr gezwungen, erklärt diese Stelle Luden a. a. O. S. 173.

2) Derselbe S. 153.

weshalb er nicht aus Einem Grunde zweierlei Rechte haben und deren gleichzeitige Ausübung ihm zustehen könne. Einleuchtend ist, daß er sehr leicht ein Interesse dabei haben kann, das Retentionsrecht neben dem Klagrecht auszuüben, oder auch diesem vorzuziehen, es sei nun wegen Unsicherheit des Committenten oder wegen der Schwierigkeit, ihn an seinem entfernten Wohnorte auszuklagen, oder wegen der Kosten, die er deshalb jedenfalls aufwenden muß. Da nun die Gesetze sogar dem Commodatar, der aus dem Contracte zur Rückgabe verbunden ist, wegen seiner Verwendungen das Retentionsrecht zugestehen [3]), warum nicht auch dem Mandatar, der nach Aufhebung des Mandats als Besitzer oder Empfänger dazu angehalten wird?

Mit den Verkaufscommissionen tritt sehr häufig ein andres Contractsverhältniß in zufällige Verbindung, indem nämlich der Commissionär, da er durch den zu hoffenden Erlös der Waaren gedeckt ist, sich leicht dazu versteht, dem Committenten bis zur Hälfte, auch wohl zwei Drittheilen des Werthes derselben Vorschüsse zu machen; ja die meisten Commissionäre sind, wenn sie viele Commissionen zu erlangen wünschen, solches zu thun genöthigt, weil ein hauptsächlicher Nebenzweck sehr vieler Kaufleute und besonders Fabrikanten bei Ertheilung von Commissionen der ist, daß sie auf diese Weise recht bald und ehe die Waare verkauft wird, Geld in die Hände bekommen mögen, was sie auch in den Stand setzt, die Zeit zu einem vortheilhaftern Verkauf abzuwarten, anstatt daß sie sonst vielleicht aus Noth die Waare mit Nachtheil verschleudern müßten. Dergleichen Vorschüsse werden gewöhnlich dadurch gemacht, daß der Commissionär auf ihn abgegebene Tratten des Committenten einlöst oder ihm gestattet, für seine, des Commissionärs, Rech-

---

3) Fr. 15. §. 2. Fr. 59. D. de furtis. 47. 2. Auch diesen Stellen giebt Luden a. a. O. S. 158 f. eine andre Auslegung, die aber wohl Niemanden befriedigen wird, obwohl die Widerlegung, als dem Gegenstande dieser Schrift zu fremd, hier unterbleiben muß.

nung auf einen dritten Platz zu ziehen. Es versteht sich nun, daß wegen Wiederbezahlung solcher Vorschüsse alle Rechtsmittel zuständig sind, welche dem Darleiher überhaupt gegen den Erborger zukommen, nämlich sowohl das Klagrecht, wenn beim Eintritt der Rückzahlungsfrist die Waaren noch unverkauft sind, oder das Kaufgeld noch nicht fällig, oder doch noch unbezahlt und vom Commissionär nicht garantirt ist; als das Befugniß, zu compensiren, wenn das Kaufgeld ebenfalls fällig und entweder ihm eingegangen ist oder er del credere steht. Dagegen kann ihm ein Retentionsrecht an den Waaren wegen dieser Vorschüsse nach gemeinen Rechten nicht beigelegt werden. Denn nirgends sprechen die Gesetze ihm solches zu, und die Analogie ist vielmehr dagegen. Und wollte man auch letzteres nicht zugeben, weil der Commodatar und der Depositar, welche das Gesetz in ähnlichen Fällen gänzlich davon ausschließt[4]), aus dem Contracte selbst zur Restitution gehalten sind, der Mandatar aber in dem angenommenen Falle als Besitzer, so würde doch schon wegen des Stillschweigens der Gesetze und wegen des Mangels einer dem Mandatar günstigen Analogie diesem das Retentionsrecht wegen Darlehns abgesprochen werden müssen. Eine solche günstige Analogie fehlt aber wirklich; denn bei allen Fällen des gesetzlich anerkannten Retentionsrechts findet man — was auch neuerlich dagegen vorgebracht worden ist[5]) — doch keinen andern gemeinsamen und rechtlich haltbaren Grund, als den des Zusammenhangs zwischen der Forderung und der zu restituirenden Sache[6]), nämlich eines

4) const. ult. C. commod. 4. 23. const. 11. C. depos. 4. 34.

5) Luden a. a. O. S. 101 f.

6) In dem von Luden aufgestellten Satze: daß die Obligation eine „größere" Pflicht auflege, als die Restitutionspflicht des Besitzers gegen den Eigenthümer sei, vermag ich einen solchen Grund nicht zu finden. Auch scheint mir dieser Satz weder erweislich noch recht verständlich, es wäre denn, mittelst eines Zirkels, eben daraus, daß jeder Besitzer wegen

solchen Verhältnisses, wornach die Forderung entweder als Grund, oder als Folge des Besitzes der Sache erscheint, oder beide Folge desselben Grundes sind. In diesen Fällen würde es gegen die aequitas sein, also dem Abfordernden **exceptio doli** entgegenstehen, wenn er dem Beklagten den Besitz entziehen wollte, ohne ihn zugleich zu befriedigen; in andern Fällen ist dies nicht zu entdecken. Daher müssen die bekannten, worin, ohne solchen Zusammenhang, doch in den Gesetzen ausdrücklich ein Retentionsrecht ertheilt wird, als besonders privilegirte Ausnahmen gelten[7]). Einen solchen Zusammenhang sucht man aber vergeblich zwischen dem Besitz des Commissionärs an den Commissionswaaren und seinen dem Committenten gemachten Vorschüssen. Denn er hat diese nicht gemacht, weil er die Waaren in Händen hatte, sondern weil er sie zu verkaufen gedachte, was nur durch Aufgabe der Detention möglich war, und was, wie er wohl wußte, immer von dem Willen des Committenten abhing. Wenn nun der Wille oder die Persönlichkeit des Letztern sich ändert, so muß er denn auch den Wegfall der beabsichtigten Compensation sich gefallen lassen, ohne willkürlich eine Retention an ihre Stelle setzen zu können. — Der Commissionär thut also wohl, sich wenigstens wegen einer seiner Forderungen ein ausdrückliches Pfandrecht an den Waaren bestellen zu lassen. Denn dann kann er, vermöge des bekannten Ausnahmegesetzes[8]), die Waare so lange zurückhalten, bis alle befriedigt sind. Eine solche Verpfändung wird aber anzunehmen sein, sobald er dem Committenten geschrieben hat, den Vorschuß

---

seiner Forderungen an den Eigenthümer das Retentionsrecht habe. Die S. **31** f. angeführten Instanzen erweisen ihn nicht, da in keiner eine Collision der Obligation und der Restitutionspflicht sich darstellt, sondern nur, daß sie verschiedene Bedingungen und Voraussetzungen haben, was Niemand bezweifelt.

7) Schenk die Lehre vom Retentionsrecht. Jena 1837. §. 54 fg.

8) const. un. C. etiam ob chirograph. pec. p. t. p. 8. 27.

nur unter der Bedingung, daß die Waaren ihm dafür haften, leisten zu wollen, und der Committent dazu geschwiegen hat.

Indeß haben die meisten Particularrechte den Commissionär auch wegen seiner Darlehne ein Retentionsrecht an den Waaren eingeräumt, und zwar ein solches, welches dem Committenten gegenüber die Wirkung des Pfandrechts hat, indem jener selbst im Fall des Concurses zu dem Vermögen des Letztern sich an die Waaren halten, dieselben bestmöglichst, im Nothfall auch unter dem Limito, verkaufen, und sich von dem Erlös wegen aller seiner Ansprüche an den Committenten bezahlt machen darf, so daß er nur den etwanigen Ueberschuß des Erlöses an die Concursmasse herauszugeben hat [9]).

Wenn der Commissionär seiner Seits die Commission aufkündigt, so kann darin zwar noch nicht eine Verzicht auf die Ansprüche, wegen deren ihm die actio contraria zusteht, gefunden werden. Doch wird in concreto die Aufkündigung dann, wenn er dergleichen Ansprüche hat, nicht leicht zulässig sein, weil dieselben fast allemal auf einem Aufwand beruhen müssen, der ohne die Uebernahme der Commission nicht veranlaßt worden wäre. (S. §. 17.) Wird die Commission durch den Tod des Commissionärs aufgehoben, so gehen alle seine Ansprüche auf seine Erben über, und diese haben auch das Retentionsrecht wegen der von ihm bestrittenen Auslagen in Beziehung auf die Waare.

---

9) S. meine Encyklopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze. Leipzig 1831. Th. I. S. 221 f.

Vierter Abschnitt.

Von den Rechtsverhältnissen des Committenten und des Commissionärs zu Denen, die mit diesem contrahirt haben.

§. 21.

Einleitung.

Aus Verträgen, die ein Mandatar abschließt, können zwar zwischen seinem Mandanten und dem andern Contrahenten mancherlei rechtliche Beziehungen entstehen. Da aber Beide nicht mit einander contrahirt haben, so müssen eigentliche, zwischen ihnen anzunehmende Obligationsrechte immer nur abgeleiteter Art sein. Eine solche Ableitung von persönlichen Rechten, oder römisch ausgedrückt die Zulassung einer actio utilis, kann nun, da sie nichts Anderes ist als eine Veränderung der eigentlichen Rechtssubjecte, nur insoweit statthaft sein, als die Rechte der eigentlichen Contrahenten, bei der vorliegenden Frage also die dem Mandatar und gegen ihn aus dem Vertrage erworbenen Rechte (actiones directae) nicht entgegenstehen. Dies ist nun dann am wenigsten der Fall, wenn der Beauftragte bei Schließung des Vertrags erklärtermaßen im Namen seines Machtgebers gehandelt, der Mitcontrahent also auch mit Rücksicht auf diesen und in der Absicht, ihn gegen sich und sich gegen ihn zu verpflichten, das Rechtsgeschäft geschlossen hat [1]). Wo dies geschehen

---

1) Gensler, im Arch. f. civ. Prax. Th. I. S. 397 f. Müh=

ist, giebt schon das Römische Recht Mittel an die Hand, diese Verbindlichkeiten unmittelbar und ohne Dazwischenkunft des Mandatars geltend zu machen, wenn gleich nach altem strengen Civilrecht, welches auch von den Neuern theoretisch nicht aufgegeben wurde, Niemand einem Dritten stipuliren oder Jemanden obligiren, Niemand auch die aus seinen Verträgen entspringenden Obligationsrechte auf einen Andern übertragen konnte[2]). Direct und ohne Hilfe des Prätors stand aus solchen Namens des Mandanten vorgenommenen Handlungen des Mandatars, welche eine Condiction hervorbrachten, namentlich aus einem so gegebenen Darlehn und aus der so bewirkten Zahlung einer Nichtschuld, schon nach dem ältesten Recht diese Klage dem Mandanten zu[3]). Justinian dehnte dies durch eine willkürliche Ausnahme auf die hypothekarische Klage aus[4]). Außer diesen Fällen war und blieb es zwar die theoretische Regel des Rechts, daß nicht das Obligationsrecht selbst, welches aus dem Geschäft des Mandatars entstanden war, sondern nur dessen Ausübung auf den Mandanten übergehn konnte, und dies dadurch vermittelt werden mußte, daß der Mandatar den Mandanten oder den andern Contrahenten, je nachdem dieser oder jener zu klagen genöthigt war, zu diesem Behuf als seinen Mandatar in eigner Sache (procurator in rem suam) aufstellte, worauf durch die Litiscontestation eine den Beklagten

---

lenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1826. S. 137. Note 234. — Vgl. auch Fr. 31. pr. D. de negot. gest. 3. 5. verb.: cujus literas creditor secutus contraxit.

2) Fr. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. — Fr. 11. D. de O. et A. 44. 7. — Fr. 10. §. 6. D. mand. v. c. 17. 1. — Fr. 73. §. 4. D. de R. I. 50. 17. — c. 1. C. per quas personas n. a. 4. 27. — §. 5. I. eod. 2. 9. — §. 19. I. de inut. stip. 3. 20.

3) Fr. 2. §. 4. Fr. 9. §. 8. Fr. 15. D. de R. C. 12. 1. — c. 4. C. si certum pet. 4. 2. — Fr. 6. 47. 57. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. Fr. 126. D. de V. O. 45. 1.

4) c. 2. C. per quas pers. n. a. 4. 27.

gegen diesen Stellvertreter verpflichtende Novation vorging [5]). Weil aber jeder Mandatar, der im Namen des Mandanten contrahirt hatte, unstreitig verbunden war, zu dieser Förmlichkeit die Hand zu bieten, so umging sie der Prätor in der Folge, und gab Dem, der solches fordern konnte, sofort eine actio utilis wider den nach strengem Recht nur dem Mandatar Verpflichteten [6]). Dies geschah gewöhnlich nur nach vorgängiger Erörterung der obwaltenden Umstände, causae cognitio, durch ein Decret des Prätors; doch waren für gewisse Verhältnisse dieser Art schon in den Edicten der Prätoren im Allgemeinen Klagen versprochen, für welche es dann eines solchen Decrets nicht bedurfte. Diese wurden, obschon ihrer Natur nach wahre actiones utiles, doch gewöhnlich nicht so genannt, sondern mit besondern, das Rechtsverhältniß, welches ihre Statthaftigkeit bedingte, bezeichnenden, Namen (adjectitia qualitas) belegt. So die actio institoria Dessen, der mit einem öffentlich aufgestellten allgemeinen Geschäftsführer contrahirt hatte, gegen den Principal desselben; die actio exercitoria der Gläubiger des Schiffers gegen den Rheder. Nach solchen Beispielen schien nun jedem Mitcontrahenten eines erklärten und erwiesenen Mandatars eine actio utilis wider den Mandanten um so weniger verweigert werden zu können, und eine solche wurde daher, statt nach dem geschlossenen Contracte (z. B. actio venditi, emti utilis), gemeiniglich actio institoria utilis genannt, wenn sie der Prätor durch Decret ertheilte [7]). Bevor aber eine solche Klage wirklich so ertheilt oder nach dem Edict angestellt war, schloß ihre bloße Möglichkeit die Ansprüche an den Mandatar

---

5) Mühlenbruch a. a. O. §. 8. S. 62 f.

6) Fr. 19. pr. D. de inst. act. 14. 3. — Fr. 10. §. 5. D. mand. v. c. 17. 1. — Fr. 13. §. 25. D. de A. E. V. 19. 1. — Fr. 68. D de procur. 3. 3. — Fr. 79. D. de V. O. 45. 1.

7) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 132 f.

und die des Mandatars gegen den Mandanten, auf Liberation wegen der für ihn übernommenen Verpflichtungen, nicht aus, da der Dritte allemal die Wahl hatte, ob er sich an seinen unmittelbaren Mitcontrahenten oder an den Mandanten halten wollte. Andrerseits ist die actio utilis gegen diesen, als abgeleitete Klage, allemal bedingt durch die Fortdauer des Obligationsverhältnisses zu jenem und fällt also natürlich weg, sobald der Bevollmächtigte selbst schon den Gläubiger befriedigt hat. Sobald also dies in jure behauptet wurde, konnte die actio utilis gewiß nur mit Vorbehalt der exceptio doli zugelassen werden. — So war denn auch dem Mandanten gegen den Dritten eine actio utilis nicht wohl zu versagen[8]), sobald der Bevollmächtigte im Namen des Erstern gehandelt hatte. Auch hier war die utilis immer nur unter Umständen denkbar, wo auch die directe Klage des Beauftragten hätte angestellt werden können; aber auch umgekehrt; denn war die Erfüllung gegen den Mandatar bewirkt, so stand dem Mandanten, dessen Klage sich nur auf das Auftragsverhältniß stützte, exceptio doli entgegen, und eben dieselbe mußte den Mandatar zurückweisen, wenn er nach unmittelbarer Befriedigung des Mandanten, als dessen Stellvertreter er sich doch nur ausgegeben hatte, die directe Klage gegen den Dritten erheben wollte.

Die heutige Praxis geht nun hierin noch viel weiter. Heut zu Tage werden aus Handlungen eines Mandatars, der als solcher für einen bestimmten Dritten aufgetreten ist, ihm und gegen ihn, so weit er sich in den Gränzen seiner Vollmacht gehalten hat, gar keine Klagen zugelassen und solche nur zwischen dem Machtgeber und dem, der mit dem Mandatar contrahirt hat, gestattet[9]). Ist der Vertrag nicht im Namen

---

8) Fr. 13. §. 25. de A. E. V. 19. 1.

9) Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 89 a. S. 336 der 5ten Ausgabe.

eines Andern geschlossen, aber doch die Zahlung oder Leistung an ihn zu bewirken versprochen, so wird Beiden, dem eigentlichen Contrahenten und Dem, welchem die Erfüllung zu Statten kommen sollte, er sei nun Mandant oder nicht, ein Klagrecht beigelegt [10]).

Alle diese Römischen und heutigen Rechtssätze sind nun aber von solchen Rechtsgeschäften, die ein Beauftragter in eignem Namen und daher der mit ihm Contrahirende blos in Rücksicht auf ihn eingeht, an sich nicht gemeint und können darauf nur insofern analoge Anwendung finden, als besondere Umstände ein Zwangsrecht auf Abtretung der (directen) Klagerechte auch hier anzunehmen gestatten, was wegen der entgegenstehenden Rechte der eigentlichen Contrahenten meistens nicht angeht. In der Regel bleibt es hier bei dem eben so sehr in der Rechtsphilosophie als dem Römischen Recht gegründeten Satze, daß Verträge nur unter den Contrahenten rechtliche Wirkung äußern können und ohne Novation das daraus entstehende Obligationsrecht gar nicht, dessen Ausübung aber nur durch **mandatum in rem suam**, oder nach heutiger Art zu reden, durch Cession, auf Andre übergehn kann [11]). Die dadurch bedingte Ausübung des fremden Rechts fällt nun zwar in der Wirkung, sowohl auf den Vortheil des Cessionars, als auf die Tilgung der Obligation, mit dem Rechte selbst völlig zusammen. Daß aber demungeachtet der Unterschied zwischen beiden weder praktisch unwichtig, noch von Denen, die in das Wesen der Obligationsverhältnisse eingedrungen sind, vergessen ist, vielmehr die Fortdauer der Obligation zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner nicht verkannt wird, zeigt nicht nur die Zuständigkeit solcher Einreden, die nach der Cession, vor deren Bekanntmachung an den Schuldner, entstanden sind, auch

---

10) Hommel obs. 248. Gottschalk S. D. F. T. II. p. 49 sq.

11) Mühlenbruch a. a. O. §. 3. 4. 5. 10. 11.

gegen den Cessionar, sondern es finden sich in einzelnen Gesetzgebungen auch andre Spuren davon. Ich erinnere nur an das sächsische Gesetz, nach welchem in einem über eine cedirte Forderung von dem Cessionar erhobenen Rechtsstreit dem gar nicht darin betheiligten Cedenten der Eid angetragen werden kann[12]; was durchaus nicht als eine willkürliche Disposition zu betrachten, vielmehr tief in dem Wesen der Obligation gegründet ist und daher auch in Landen, wo die Gesetze es nicht ausdrücklich aussprechen, wenn sie nur nicht entgegenstehen[13]), von den Gerichten beobachtet werden sollte.

Obige Regel gilt denn nun auch im vollen Umfange von den eigentlichen Commissionsgeschäften, die nach §. 1. allein den Gegenstand dieser Abhandlung ausmachen. Wie schon dort und mehrmals angedeutet, muß und will der eigentliche Commissionär mit Demjenigen, welchem er zu Ausführung der Commission Waare abkauft oder verkauft, in seinem eignen Namen handeln. Er muß sich selbst gegen ihn verbindlich machen und will nur Verpflichtungen gegen sich von ihm erlangen[14]). Der Käufer der Commissionswaare würde mit dem Anspruche auf richtige Ablieferung und auf Gewähr etwaniger Mängel, der Verkäufer, von dem der Einkaufscommissionär die Waare entnimmt, würde wegen der Bezahlung sich nicht an den entfernten, ihm meist sogar unbekannten, Committenten verweisen lassen. Dabei hat der Commissionär fast immer ein Interesse dabei, daß die Erfüllung des Handels durch seine Hände gehe, und er läßt sie also nur gegen seine Person sich versprechen. Dazu

---

12) Erläut. Proc. Ordn. ad Tit. 18. §. 6.

13) Die Preuß. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 279 will, daß bei Eideszuschiebungen über cedirte Forderungen die Grundsätze von der Litisdenunciation beobachtet werden sollen. Der Eidesantrag gegen den Cedenten findet also nur dann Statt, wenn der Cessionar ihn hat zur Instruction adcitiren lassen. Tit. 17. §. 1.

14) Bender a. a. O. S. 217.

kommt denn bei dem Verkaufscommissionär der §. 4. erwähnte Umstand, daß der Committent meist gar nicht berechtigt ist, an dem Verkaufsplatze Handel zu treiben.

So tritt also der Committent durch die Verträge seines Commissionärs in gar kein Obligationsverhältniß gegen Dritte, sondern bleibt nur ihm gegenüber, aus dem Auftragscontract, berechtigt und verpflichtet, welche Rechte und Pflichten durch das Zustandekommen solcher Verträge, als die Ausführung des Auftrags, nur die in den vorigen Abschnitten angegebenen Modificationen erleiden. Diese Verhältnisse können auch nicht deshalb als aufgehoben oder verändert gelten, weil die mit dem Commissionär contrahirenden Personen etwa davon Kenntniß haben, daß er eben nur Commissionär ist und nicht die Absicht haben darf, die Waare oder das Kaufgeld für sich zu erwerben, ja selbst nicht wenn ihnen bekannt ist, wer demselben die Commission ertheilt hat, gesetzt auch, daß er selbst es ihnen entdeckt hätte. Genug, daß sie den Commissionär als ihren Käufer oder Verkäufer erwählt haben; ob er von dem Geschäft, was sie mit ihm eingehn, einem Andern Rechenschaft zu geben habe, geht sie nichts an und es kann dadurch ihre Lage weder verbessert noch verschlimmert werden. Ja für ihre Obligationsverhältnisse gegen den Commissionär ist es auch gleichgültig, ob er bei dem Handel mit ihnen seinen Auftrag gehörig erfüllt hat oder nicht. Nur wenn die Rede von Uebertragung des Eigenthums durch den Verkaufscommissionär ist, kann diese Frage wichtig werden.

Man wende nicht ein, daß es ja dem Mandanten sowohl als dem Dritten einerlei sein müsse, an wen er zahle oder das sonst Contractmäßige leiste, daß also die Berufung auf die Rechte des Commissionärs, als eines Dritten (exceptio de jure tertii), ihn nicht schützen könne. Denn Ansprüche jeder Art können nur von Dem geltend gemacht werden, der davon auch liberiren kann; dies kann aber bei Obligationsrechten immer

nur der eigentliche Contrahent; jedem Dritten, möge er sich auch auf ein Mandatsverhältniß zwischen ihm und jenem, oder zwischen jenem und dem Beklagten, beziehen können, steht also der Mangel der Rechtfertigung zur Sache (**exceptio tecum non contraxi**) entgegen.

Indeß können allerdings Umstände vorkommen, worin die Rechte des Commissionärs und seines Mitcontrahenten, ihr Geschäft unter sich abzumachen, dessen Erfüllung nur gegen einander zu bewirken und nur von einander zu verlangen, ihnen von keinem Nutzen weiter sind. Dann sind denn auch Ansprüche auf Abtretung der Klagen des Commissionärs, also auch jede entsprechende **actio utilis**, eben so wenig ausgeschlossen, als wenn der Mandatar im Namen des Mandanten gehandelt hat, können vielmehr aus den andern vorhandenen Obligationsrechten nothwendig fließen.

Insbesondere ist nie aus den Augen zu verlieren, daß der Commissionär, wie jeder Mandatar, dem Mandanten gegenüber die aus dem ihm aufgetragenen Contracte mit dem Dritten entspringenden Rechte nie als die seinigen, sondern stets nur als zu dem Vermögen des Mandanten oder Committenten gehörend zu betrachten und damit als Verwalter fremden Gutes zu gebahren hat. Daraus würde die Verpflichtung, dem Mandanten alle diese Rechte auf Verlangen zur Ausübung zu überlassen, mithin für diesen das Befugniß, sie auch ohne dieses durch **actio utilis** geltend zu machen, allgemein folgen, wenn nicht das Interesse, welches der im eignen Namen contrahirende Mandatar oft hat, die **actio directa** zu behalten, in den meisten Fällen entgegenstünde, indem der Mandant dieses in Folge seines Auftrags entstandene Interesse als ein Recht begründend achten muß, daher über die Obligationsrechte aus dem Contract mit dem Dritten nicht frei verfügen und mithin diesen nicht liberiren kann. Wo nun der Mandant sich darauf zu beziehen vermag, daß dieses Interesse weggefallen, also für den Dritten

ein Anspruch seines eigentlichen Promissars nicht weiter zu fürchten sei, da muß auch die actio utilis eintreten, der Mandant also die Erfüllung von dem Dritten selbst verlangen können.

Daraus folgt jedoch, so lange von außergerichtlichen Schritten die Rede ist, noch kein Recht des Commissionärs, den Committenten an den Dritten zu verweisen. Vielmehr muß er die Rechte aus dem Contract, wenn es der Committent nicht selbst thun will, zu dessen Besten geltend machen, so lange es darauf ankommt, das ihm aufgetragene Geschäft auf dem Wege der Güte vollständig zur Erfüllung zu bringen oder auch etwanige Versehen, die er dabei begangen hat, wieder gut zu machen. (S. §. 6.) Nachdem er aber diesen Obliegenheiten genügt hat, kann er allerdings weiterer Ansprüche des Mandanten durch Abtretung derer, die ihm aus dem Contracte gegen den Dritten zustehen, sich entschlagen.

Auf ähnliche Weise ist die Möglichkeit von Ansprüchen des Dritten gegen den Mandanten zu beurtheilen. Obgleich dieser jenem, wenn der Mandatar in seinem eignen Namen mit ihm contrahirt hat, an sich nicht persönlich verpflichtet ist, so würde doch eine actio institoria utilis gegen ihn zulässig sein, wenn ihr nicht das Recht des Mandatars entgegenstände, einen von ihm geschlossenen Contract auch selbst zur Vollziehung zu bringen, woran er leicht ein starkes Interesse haben kann. Ja der Dritte würde nach der heutigen Praxis auf diese Klage beschränkt sein, wenn ihm das Recht, sich an Den zu halten, mit dem er contrahirt hat, genommen werden könnte. Letzteres kann nun nie geschehen; wohl aber kann das Interesse des Mandatars, den Contract selbst zu erfüllen, wegfallen. Daher kann dieser den Dritten nie an den Mandanten verweisen; sind aber die Verhältnisse so beschaffen, daß dem Mandatar dadurch kein Eintrag geschieht, so kann der Dritte die Obliegenheiten, die der Mandant gegen den Mandatar noch wirklich hat, durch actio utilis gegen jenen selbst geltend machen.

In allen Fällen der actio utilis, wo der Wegfall jedes Interesses des Mandatars, ihren Gegenstand selbst durch actio directa geltend zu machen, nicht von selbst klar ist, kann also auch der Beklagte verlangen, daß entweder dieser Wegfall, oder die Einwilligung des Mandatars ihm überzeugend nachgewiesen werde. Vermag der Kläger keines von beiden darzuthun, so ist er nicht zur Sache gerechtfertigt. Weil aber doch der Beklagte sich nur in seinem eignen Interesse auf die Rechte des Mandatars berufen kann, indem dies sonst eine reine exceptio de jure tertii sein würde, so kann der Kläger, der nur das Vorhandensein des die actio utilis bedingenden Mandatverhältnisses nachweist, ungeachtet jenes Mangels der Legitimation seine Klage dadurch statthaft machen, daß er dem Beklagten wegen der vom Mandatar zu fürchtenden Ansprüche Sicherheit leistet[15]). Diese Caution aber wird nur durch Führung jenes Beweises wieder erledigt und ist daher eine so lästige Bedingung, daß sie die actio utilis selbst ziemlich unnütz macht. Mithin bleibt es immer für den Mandanten, wie für den Dritten, wenn sie den Mandatar übergehn wollen, der einzige vollständig zum Ziele führende Weg, denselben zu ausdrücklicher Abtretung der Klagrechte anzuhalten.

I. Von den Verhältnissen bei gehörig erfülltem Auftrage.

§. 22.

a. Hinsichtlich der Ansprüche auf Erfüllung des Handels.

Der Käufer einer Commissionswaare kann nach dem Vorstehenden wegen deren Auslieferung, so wie wegen der Gewähr

15) arg. Fr. 57. D. de hered. petit. 5. 3. Fr. 57. D. de R. V. 6. 1. Fr. 14. pr. D. depos. 16. 3.

der Mängel oder einer vorfallenden Eviction[1]) und eines etwa von dem Verkaufscommissionär verhängten Versehens sich allemal an diesen halten. Wegen der Ausantwortung der Waare und wegen der Versehen aber auch blos an ihn. Diejenigen, welche andrer Meinung sind und ihm eine actio utilis gegen den Committenten auf Auslieferung der Waare gestatten[2]), vergessen, daß dies allemal ein Recht voraussetzt, den Mandatar zu Abtretung seiner Klage gegen den Mandanten zu zwingen[3]). Dieses Recht ist nun nicht denkbar, wenn nicht der Mandatar eine Klage hat. Es kann aber dem Commissionär eine solche auf Herausgabe der Waare gegen den Committenten nur dann zustehen, wenn dieser die Waare nicht gesendet oder sich wieder in deren Besitz gesetzt hat, ohne doch den Auftrag zum Verkauf in Zeiten zurückgenommen zu haben. (S. §. 16.) Dann freilich könnte der Commissionär die Waare von ihm fordern, damit er sich von der auftragsgemäß übernommenen Verpflichtung liberiren könne. Dann würde also auch der Käufer gegen Caution zur actio utilis zu lassen sein. Dieser Ausnahmefall kann aber nur sehr selten vorkommen. — Für Versehen des Commissionärs haftet der Committent natürlich noch weniger.

Hieran ändert sich denn auch, wenn der Commissionär etwa fallirt, gesetzt auch, daß der Käufer die Waare schon bezahlt hätte, nichts zum Vortheil des Käufers. Es entsteht ihm daraus kein andrer Anspruch, als ein unter den chirographarischen Gläubigern geltend zu machender auf Entschädigung. Denn er kann die nicht übergebene Waare aus der Masse nicht vin=

---

1) Fr. 49. D. de acqu. v. amitt. poss. 41. 2.

2) Wie Püttmann a. a. O., welcher sich auf das oben angeführte Fr. 13. §. 25. de A. E. V. 19. 1. beruft. Dieses setzt aber offenbar nicht nur einen Mandanten voraus, in dessen Namen der Contract geschlossen ist, sondern der auch die Waare abzuliefern unterlassen hat.

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 171.

biciren[4]). An den Committenten aber kann er sich vielmehr hier auch dann nicht halten, wenn derselbe die Waare oder den durch Verkauf an einen Andern daraus gewonnenen Erlös aus der Masse reclamirt hat[5]). Denn der Concursvertreter konnte dem Committenten als Eigenthümer die Ausantwortung nicht verweigern, hat also noch weniger eine Kläge auf Rückgabe der Waare, da er ihm den Kaufpreis dafür nicht voll gewähren kann, wodurch die **actio mandati contraria** bedingt ist. Mithin mangelt jedes, auch nur abgeleitete, Contractverhältniß, welches den Käufer berechtigen könnte, den Schaden, den er leidet, auf den Committenten zu wälzen. Nur wenn er erweisen kann, daß der Commissionär vor Ausbruch des Concurses, oder der Concurs selbst (etwa durch Compensation gegen eine Forderung des Gemeinschuldners) dem Committenten den vollen Betrag schon gewährt habe, kann er durch eine **actio in factum de dolo** die Auslieferung der Waare von ihm fordern, weil derselbe sich sonst mit seinem Schaden bereichern würde.

Der Verkaufscommittent seinerseits kann den Käufer der Commissionswaare nicht ohne den Willen des Commissionärs unbedingt in Anspruch nehmen, da nach dem Kaufhandel nur dieser das Recht dazu hat und ihm fast immer daran gelegen ist, den Kaufschilling selbst einzucassiren, damit er sich wegen seiner Provision, Spesen und Vorschüsse sofort davon bezahlt machen könne, worauf er sogar immer, wenigstens stillschweigend, angewiesen ist. Der Commissionär könnte also durch eine dem Committenten zu gestattende **actio utilis** von der **actio directa** nicht ausgeschlossen werden, und hierin liegt der Grund der Unstatthaftigkeit unbedingter Anstellung jener, da der Käufer hiernach nie sicher an den Committenten zahlen kann;

---

4) Schweppe System des Concurses der Gläubiger, §. 53. 56. Kori System des Concursprocesses, §. 60.

5) Bender a. a. O. S. 231.

nicht etwa darin, daß derselbe dadurch um etwanige Einreden käme, die er seinem Verkäufer gegenüber hat. Denn diese bleiben ihm jedenfalls. Durch geleistete Zahlung an den Commissionär ist auch die dem Committenten möglicherweise zuständige actio utilis beseitigt; hat der Käufer noch nicht gezahlt, so kann ihm in dieser Hinsicht nichts darauf ankommen, gerade des Commissionärs und keines Andern Schuldner zu sein. Denn gesetzt auch, er habe Forderungen an jenen, weshalb er sich durch Compensation auf den Kaufpreis bezahlt machen wolle, so muß doch dieses Compensationsrecht auch gegen die actio utilis des Committenten ihm zustehen, da diese nie mehr Rechte geben kann, als die ausdrücklich abgetretene Klage, der Commissionär aber, soweit als sein Anspruch an den Käufer durch Compensation gehoben ist, keine Klage gegen ihn mehr abzutreten hat. Eben so stehen auch alle sonst etwa wider den Commissionär als eigentlichen Verkäufer zuständigen Einreden auch der actio utilis entgegen. Hat aber der Käufer gegen jenen gar keine Einreden, so kann es ihm ebenfalls einerlei sein, an wen er zahlt. Die einzige Einrede, die er gegen die actio utilis, als solche und unabhängig von jenen exceptiones in rem, allemal hat, ist also in den zu fürchtenden Ansprüchen des Commissionärs zu finden. Dieser kann nun durch Sicherheit, die der Committent ihm deshalb leistet, begegnet werden. Daher ist denn unter dieser Bedingung der Committent immer zur actio utilis zu lassen, und wenn beides, Mandatverhältniß und Kaufhandel, erwiesen wird, der Käufer zur Zahlung an ihn zu verurtheilen. Doch wird ihm dies nur dann von wahrem Nutzen sein können, wenn er gewiß ist, die Abtretung des Klagrechts vom Commissionär noch zu erlangen, und vielleicht, weil Gefahr im Verzuge ist, die Anstellung der Klage nicht bis dahin aufschieben will.

Einige glauben, daß diese Grundsätze eine Ausnahme leiden müßten, wenn der Commissionär fallirt, und daß dann

der Committent sofort eine unbedingte Klage gegen den Käufer habe[6]). Dafür ist aber kein gesetzlicher Grund vorhanden. Die Gläubiger treten in Ansehung der Activen völlig an die Stelle des Gemeinschuldners. Konnte, wie gezeigt, der Committent diesen nicht zur Abtretung seiner Klage gegen den Käufer zwingen und ihm also auch keine unbedingte **actio utilis** zugestanden werden, mußte vielmehr dem Commissionär die **directa** bleiben, so steht der Concursvertreter ganz in demselben Verhältniß[7]). Aufhebung des Auftrags durch den Concurs (§. 19.) ist nicht eingetreten, da der Verkauf als geschehen angenommen, also nicht mehr **res integra** ist; sie würde aber auch dem Committenten nur ein Vindicationsrecht (s. §. 26.), nicht einen Anspruch auf Erfüllung des vom Commissionär geschlossenen Handels geben können, was einen Widerspruch enthalten würde. Der Concursvertreter kann also den Erlös von dem Käufer eincassiren und muß ihn zwar dem Committenten voll gewähren, kann aber alle Forderungen des Gemeinschuldners davon kürzen. (S. §. 19.) — Indeß ist durch einige Particularrechte, z. B. in Frankfurt am Main[8]), dem Committenten das Recht ertheilt, sich bei ausbrechendem Falliment des Commissionärs sofort an den Käufer der Zahlung wegen zu halten[9]), außer wenn der Commissionär **del credere** gestanden hat. Diese Ausnahme ist sonderbar, da darin, daß der Committent sich vom Commissionär die Zahlung auch für den Fall, daß sie nicht einginge, bedungen hat, doch kein Grund liegen kann, sie ihm

---

6) Bender a. a. O. S. 231. Pöhls a. a. O. S. 266.

7) Bender nennt die Klage, die er dem Committenten des fallitten Commissionärs gegen den Käufer giebt, gar eine directe. Dies aber doch wohl nicht im Gegensatz der actio utilis, sondern in dem Sinne, wo es so viel heißt, als unmittelbar.

8) Frankfurter Wechselordn. §. 52. 53.

9) Riccius a. a. O. S. 26 nennt dies unpassend ein jus quasi separationis.

oder seinem Concurse zu überlassen, wenn sie eingeht. Durch die Regel aber ist die Masse des Commissionärs gefährdet, da ihr Vertreter, wenn der Committent etwa auch bankerott wird, wegen der Forderungen an Spesen, Provision und Vorschüssen unter die gemeinen Gläubiger verwiesen wird.

Wer an einen Einkaufscommissionär verkauft hat, muß die Zahlung von diesem erwarten und hat die unbedingte **actio venditi** nur gegen ihn, nicht gegen den Committenten [10]). Dieser kann nicht sicher an ihn zahlen, er wüßte denn gewiß, daß der Commissionär noch dessen Schuldner und keine Compensation mit etwanigen Forderungen desselben an den Verkäufer eingetreten, mithin die Zahlung für jenen an diesen eine nützliche Geschäftsführung sei. So wenig der Commissionär seinen Verkäufer wegen der Zahlung an den Committenten verweisen kann, eben so wenig braucht er auch seinerseits solche unmittelbare Zahlung zu genehmigen, da sie ihn leicht gefährden kann, wenn er etwa schon gezahlt oder für das Kaufgeld Tratten indossirt oder acceptirt, oder selbst Forderungen an den Verkäufer hat. Kann er also nicht allemal zu Abtretung seiner **actio mandati contraria** an den Verkäufer gezwungen werden, so kann diesem auch keine unbedingte **institoria utilis** gegen den Committenten gegeben werden, sondern nur gegen Bestellung vollständiger Sicherheit wegen der Ansprüche des Commissionärs. Daher kann auch der Committent seiner Verbindlichkeit, dem Commissionär den Einkaufspreis zu bezahlen, sich dadurch nicht entziehen, daß er etwa Forderungen von gleichem Betrage an den Verkäufer hat, es wäre denn der Commissionär mit der Abtretung derselben zufrieden.

Neuerlich ist die Behauptung aufgestellt worden, daß diese Grundsätze des Pandektenrechts und der gesunden Vernunft, hinsichtlich der Verbindlichkeiten zu Geldzahlungen, die Jemand in

---

10) Bender a. a. O. S. 217.

Folge erhaltenen Auftrags übernommen, durch das Recht des Codex aufgehoben worden seien und der Gläubiger, wenn er nur den ertheilten Auftrag beweise, hier sich sofort an den Mandanten halten könne[11]). Es sagt nämlich ein Rescript Diocletians und Maximians: **Si mutuam pecuniam accipere a te Demetriano Domitianus mandavit et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum — potes convenire**[12]). Hier ist freilich nichts erwähnt von den Voraussetzungen, deren eine sonst nothwendig vorhanden sein muß, wenn ein Klagrecht dessen, der mit dem Mandatar contrahirt hat, gegen den Mandanten angenommen werden soll; ja die auf das Edict gegründete Voraussetzung, nämlich daß der Mandatar ein im Allgemeinen zu Besorgung dieser Art von Geschäften öffentlich angestellter Verwalter (**institor**) sei[13]), ist durch die Worte: **ad exemplum**, ausdrücklich ausgeschlossen; daß aber der dritte Contrahent vom Mandatar unterrichtet worden sei, er handle in Angelegenheit des Mandanten, oder daß der Kläger dem Beklagten wegen der Ansprüche des Mandatars Sicherheit leisten solle, ist nicht gesagt. Allein wenn man erwägt, daß die Kaiser in ihren Rescripten fast nie ein neues Recht einführen, sondern immer nur die Anfrager über das bestehende belehren wollten, so muß man sehr geneigt werden, dieses Rescript als lückenhaft zu betrachten und aus dem Inhalt aller andern Stellen des Römischen Rechts, die diese Materie berühren, zu ergänzen, mithin anzunehmen, daß der vorgetragene Fall ein solcher gewesen, wo der Mandatar im Namen des Mandanten und der Darleiher in Rücksicht auf diesen gehandelt und sonach zu dem Beweissatze des Darleihers, außer dem Statt gefundenen Mandat, auch diesen Umstand zu rech

---

11) Kritz Pandektenrecht, Th. I. S. 341.

12) c. 5. C. de instit. et exerc. act. 4. 25.

13) Fr. 19. pr. D. de instit. act. 14. 3.

nen, oder ihm die Pflicht der Caution aufzulegen. Sollte dies aber auch für zu kühn erachtet werden, so scheint es mir doch sehr bedenklich, dasjenige, was hier vom Darlehn gesagt sein möchte, auf andre Verträge und besonders auf den Kaufcontract auszudehnen, wenn man auch hier, als weitere Voraussetzung der begründeten Klage, noch die richtige Lieferung der Waare hinzunimmt, wogegen gewiß Niemand etwas einwenden wird. Bei einem in Folge Auftrags aufgenommenen Darlehn kann es nicht so leicht der Fall sein, daß der Mandatar Gläubiger des Darleihers sei und mit ihm abrechnen wolle; denn wäre er dies zur Zeit der Erborgung und seine Forderung fällig gewesen, so würde er wohl den Dritten, welcher im Stande war, Geld auszuleihen, vor allen Dingen zu Bezahlung seiner eignen Schuld an ihn angehalten, und wenn derselbe Beides zu leisten unvermögend war, den Auftrag gar nicht übernommen haben, was gethan zu haben er jedenfalls sich selbst zuzuschreiben hat; wäre hingegen die Forderung des Mandatars an den Darleiher erst nach der Zeit der Darlehnsaufnahme entstanden oder verfallen, so kann man wohl voraussetzen, daß Jener den Mandanten davon benachrichtigt und ersucht haben werde, nicht an den Darleiher, sondern an ihn zu zahlen, und ebenfalls annehmen, daß er die Unterlassung dieser Vorsicht sich selbst zuzuschreiben habe. Der Einkaufscommissionär hingegen ist nicht dadurch, daß er Waarenvorräthe bei dem Verkäufer fand, in die Lage gekommen, sich wegen seiner Forderungen an ihn bezahlt machen zu können, sondern erlangt diesen Vortheil erst dadurch, daß er Schuldner des Kaufgelds wird. Er darf ferner voraussetzen, daß der Committent, auch ohne von jenen Forderungen etwas zu wissen, ihm die Zahlung überlassen und rimborsiren werde, und hat darauf auch dann ein Recht, wenn er weder gezahlt oder gewechselt, noch compensirt hat, weil der Committent wohl wissen kann, ob er ihm gute Waare geliefert, nicht aber ob er sie durchgängig eben so gut und feh-

lerfrei von dem Verkäufer erhalten habe. Deshalb kann er noch besondere Ausflüchte haben, wovon er den Committenten zu benachrichtigen nicht verbunden ist, eben weil er nur sich selbst als Schuldner des Kaufgelds zu betrachten hat. Letztere Rücksicht wird jedoch allerdings beseitigt, wenn der Verkäufer erweist, daß er dem Commissionär richtig den Handel erfüllt habe.

Zulässiger noch könnte die **actio emti utilis** des Committenten gegen den Verkäufer, nämlich die Klage auf Auslieferung der Waare, scheinen, weil der Einkaufscommissionär wegen seiner Spesen und Provisionsforderungen kein Retentionsrecht an der Waare hat. (§. 15.) Allein der Verkäufer kann doch die Verabredungen nicht kennen, die zwischen seinem Abkäufer und dessen Committenten bestehen und ein Interesse des Erstern, die Waare in seine Hände zu bekommen, hervorbringen können; wie z. B. wenn derselbe die Waare auf Ordre des Committenten schon weiter verkauft und einem Dritten auszuliefern sich selbst verpflichtet, oder wenn er sich ein Retentionsrecht daran ausdrücklich bedungen hätte. Ist also der Verkäufer nicht allemal sicher, daß Jener zur Abtretung der **actio emti** gezwungen werden könne, so kann auch die **utilis** gegen ihn nur gegen Caution wegen der directen vom Commissionär zu fürchtenden Kaufsklage zugelassen werden.

Gegenseitige Ansprüche zwischen dem Committenten und dem Dritten würden auch dadurch nicht haltbarer werden, daß der Kläger sich auf eine Verwendung in den Nutzen des Beklagten beziehen wollte. Denn die **actio de in rem verso** setzt, wenn sie auf dem Grund von Handlungen eines Menschen, der nicht in der Gewalt des Beklagten steht, erhoben werden soll, allemal voraus, daß das Geschäft ausdrücklich für Rechnung und im Namen des Beklagten geschlossen worden sei[14]); in

14) c. 19. C. de procur. 2. 13. verb.: a c t o r i b u s a l i e n u m fundum — distrahentibus. c. 7. C. quod cum eo qui in al. pot. 4.

welchem Falle dergleichen Verwendung auch ohne Statt.finden-den Auftrag (bei der **negotiorum gestio**) die Klage begründet. Diese Voraussetzung, welche oftgedachtermaßen bei den eigentlichen Commissionsgeschäften niemals eintritt, ist aber dieselbe, wie die der gesetzlichen **actio utilis** des Mandanten gegen den Dritten oder umgekehrt, und beruht auf demselben Grunde: der Verbindlichkeit des dazwischenstehenden eigentlichen Contrahenten zu Abtretung seiner Klage. Die **actio de in rem verso** kann also nur unter denselben Beschränkungen und Modificationen auf Geschäfte, die nicht im Namen des Zubelangenden geschlossen sind, analog angewendet werden. Die Verwendung in den Nutzen des Dritten ist aber auch nur eine der beiden Voraussetzungen, von welchen jede allein, verbunden mit jener Verbindlichkeit des Andern zur Klagabtretung, hinreicht, die **actio utilis** zu begründen; wo ein Mandat vorliegt, wie bei Commissionsgeschäften allemal, da bedarf es ihrer gar nicht, und die **actio de in rem verso** ist also hier in den Fällen, wo sie statthaft sein würde, unnütz.

Ansprüche von Personen, die andre mit der Commission zusammenhängende Verträge, außer dem Kaufhandel, mit dem Commissionär geschlossen haben, z. B. Vermiethung von Speichern zu Aufbewahrung der Commissionswaaren, Frachtcontracte über deren Fortschaffung, sind ganz so zu beurtheilen, wie die des Verkäufers, der an einen Einkaufscommissionär Waare geliefert hat.

§. 23.

b. Hinsichtlich der Ansprüche wegen Mängel der Commissionswaaren oder Entwährung derselben.

Nach denselben Grundsätzen hat denn ein Commissionär, der in seinem eignen Namen Waaren, für den Committenten be-

---

26. verb.: cum libero r e s e j u s a g e n t e. c. 3. C. quando ex facto tutoris. 5. 39. verb.: ejus n o m i n e m i n o r i s.

stimmt, eingekauft hat, zunächst auch allein das Recht, wegen etwaniger Mängel derselben den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, auch wenn dies mittelst einer Klage geschehen soll; denn Ausflüchte hat der Committent schon deshalb nicht vorzuschützen, weil er von dem Verkäufer gar nicht auf Zahlung belangt werden kann. Das diese Ansprüche bedingende Interesse hat der Commissionär deshalb, weil er für die Beschaffenheit der Waare dem Committenten verantwortlich ist; es steht indeß dem Verkäufer gar nicht zu, hiernach zu fragen, da er blos den Commissionär als seinen Käufer zu betrachten hat. Indeß hat der Commissionär, wenn er nicht dabei eine Fahrlässigkeit begangen hat, nicht eben nöthig, diese Ansprüche gegen den Verkäufer selbst zu verfolgen, da dies über seinen eigentlichen Auftrag hinausgeht; sondern er kann sich durch Abtretung der Klage an den Committenten der weitern Verantwortlichkeit entschlagen. (S. o. §. 6.) Hat er selbst ein Versehen sich zu Schulden kommen lassen, nämlich leicht erkennbare Mängel der Waare übersehen, so kann er, weil wegen solcher Fehler sonst keine ädilitische Klage Statt findet[1]), nur dann noch Ansprüche an den Verkäufer haben, wenn er diesem eine gebrauchte Arglist und Betrug oder eine besondere Gewährleistung für jeden oder den vorgefundenen Mangel erweisen kann. Es steht ihm aber dann nicht frei, diesen Beweis dem Committenten aufzubürden, sondern er muß sein Recht gegen den Verkäufer selbst ausführen und das Erlangte dem Committenten gewähren.

Da aber sonach die Abtretung der Klage als eine Erleichterung des Commissionärs und als das Geringste erscheint, was der Committent verlangen kann; da die Rücksichten, welche nach §. 22. nicht gestatten, dem Committenten ein Recht auf diese Ab-

---

1) Fr. 43. §. 1. D. de contr. emt. vend. 18. 1. Fr. 14. de aedil. ed. 21. 1. Fr. 5. pr. de tribut. act. 14. 4. Fr. 22. §. 5. de liberali causa. 40. 12.

tretung zuzugestehen, hier wegfallen: so folgt, daß der Commissionär zu dieser Abtretung rechtlich angehalten werden könne [2]), und daraus ergiebt sich weiter, daß dem Committenten auch ohne diese Förmlichkeit eine **actio redhibitoria** oder **quanto minoris utilis** gegen den Verkäufer beizulegen sei. Doch muß er, wenn er d i e s e, ohne vorgängige Abtretung, anstellt, den Verkäufer gegen die Ansprüche des Commissionärs vertreten und ihm deshalb Caution leisten. Denn dieser, als eigentlicher Käufer, braucht nicht nur den etwa vom Committenten gegen den Verkäufer geführten Beweis, oder des Letztern Zugeständniß, daß er, der Käufer, nur Commissionär gewesen, gegen sich nicht gelten zu lassen; sondern dieser Beweis würde ihn auch nicht einmal von der **actio directa** ausschließen.

Kommt es aber auch, nach Abtretung des Klagrechts oder ohne diese, zum Proceß zwischen dem Committenten und dem Verkäufer, so ist doch immer bei der Frage: ob die Mängel für unsichtbare und deshalb die Redhibition oder Preisminderung begründende zu halten seien, lediglich auf die Unkenntniß oder Kenntniß des Commissionärs von den Mängeln oder auf dessen Unvorsichtigkeit oder Vorsicht in Untersuchung der Waare zu sehen, nicht darauf, ob der Committent diese Mängel kannte oder nicht kannte [3]), wie sie ihm denn natürlich selten bekannt sein können. Sind die Fehler der Waare dem Commissionär bekannt gewesen, oder konnten sie ihm bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht entgehen, so kann sich, außer dem bereits erwähnten Fall eines Betrugs oder einer besondern Gewährleistung von Seiten des Verkäufers, der Committent nur an den Commissionär halten, da der Verkäufer von allem Anspruche frei ist, mithin jener ein Klagrecht nicht abzutreten hatte und also

---

2) arg. Fr. 27. §. 5. Fr. 59. pr. D. mand. v. c.

3) Fr. 12. D. de contrah. emt. 18. 1. Fr. 51. §. 1. de aedil. ed. 21. 1.

auch eine actio utilis wider diesen dem Committenten nicht zustehen kann. Auf der andern Seite steht in dem selten denkbaren Fall, daß der Committent die Mängel gekannt habe, dieses, wenn sie nur dem Commissionär nicht bemerkbar waren, den Ansprüchen des Committenten an den Commissionär und Beider an den Verkäufer nicht entgegen. In den Gesetzstellen, welche in diesem Falle den Verkäufer anspruchsfrei erklären[4]), ist unstreitig, nach ihrer ganzen Fassung, vorausgesetzt, daß der Beauftragte in des Machtgebers Namen gekauft habe und daß er zum Einkauf einer gewissen bezeichneten Waare, nicht, wie der Einkaufscommissionär allemal, zur eignen Auswahl einer nur der Gattung und Qualität nach bestimmten, beauftragt gewesen sei. Sonst würde §. 51. pr. de aedil. ed. mit dem gleichfolgenden §. 1. in Widerspruch stehen; denn darin, daß im erstern von einem Sklaven als Beauftragten, im letztern von einem freien Menschen die Rede ist, kann der Grund des Unterschieds nicht liegen[5]), da Fr. 13. de contrah. emt. in dieser Beziehung Beide einander gleichstellt.

Gleichergestalt kann denn auch die actio venditi wegen etwa vorgefallener Eviction der Waare sowohl von dem Commissionär, als Käufer, als auch, utiliter, von dem Committenten, gegen den Verkäufer angestellt werden. Doch wird der Committent, wenn ihm nicht die Klage von dem Commissionär ausdrücklich abgetreten ist, dem Verkäufer wegen der von jenem, als dem eigentlichen Käufer, zu erhebenden Ansprüche Sicherheit leisten müssen.

So haftet auch, wie schon §. 22. angedeutet, der Verkaufscommissionär dem Käufer für die Mängel der Waare und kann ihn nicht an den Committenten verweisen, gesetzt auch, daß er den Erlös schon an diesen abgeliefert oder gewährt und

---

4) Fr. 13. de contrah. emt. — Fr. 51. pr. de aedil. ed.

5) Wie Glück a. a. O. Th. 20. S. 51 — 56 meint.

nun seinen Regreß durch Klage gegen ihn zu nehmen hätte. Nur wenn der Käufer es selbst verlangt, kann und muß er ihn durch Abtretung der Klage gegen den Committenten befriedigen, und dies macht denn auch eine actio redhibitoria oder quanto minoris utilis des Käufers unmittelbar gegen den Committenten zulässig. Denn der Käufer mag nun auf Rückzahlung des Kaufgelds oder auf Preisminderung dringen, so ist die Abtretung einer actio mandati contraria und mithin auch die actio utilis gegen den Committenten, denkbar, da der Commissionär, um seinen Regreß zu nehmen, nicht nöthig hat, diese Auslage, die in dem übernommenen Auftrage nicht liegt, zu machen, vielmehr verlangen kann, daß der Committent ihn zur Befriedigung des Käufers in Stand setze, folglich sobald er selbst in Anspruch genommen wird, einen Anspruch an jenen bekommt, den er auch abtreten kann.

Ein Gleiches gilt von der actio emti wegen Entwährung. Der Käufer kann damit nach seiner Wahl ein Commissionär oder als mit einer institoria utilis den Committenten belangen, daher auch gegen welchen er will, die das Klagrecht bedingende Litisdenunciation richten. Hält er sich an jenen, so kann derselbe sofort und ohne vorgängige Litisdenunciation seinen Regreß an den Committenten nehmen.

Einer Cautionsleistung bedarf es hier bei der actio utilis des Käufers gegen den Verkaufscommittenten überall nicht, da der Commissionär weder wegen Mangelhaftigkeit, noch wegen Eviction der Waare Ansprüche an den Committenten haben kann, wenn dergleichen nicht gegen ihn selbst erhoben werden. Sollte aber der Käufer, nachdem er vom Committenten schon befriedigt wäre, dennoch unredlicherweise den Commissionär aus demselben Grunde belangen wollen, so würde dieser, von der erfolgten Befriedigung in Kenntniß gesetzt, sich mit einer darauf gegründeten Einrede allemal schützen können; und hätte der Committent ihm davon Nachricht zu geben unterlassen, so würde

dieser nur deshalb, nicht aber vermöge der ursprünglichen Verbindlichkeit, die der Käufer gegen ihn geltend gemacht hat, jenem verantwortlich sein, also dies sich selbst zuzuschreiben haben.

§. 24.

c. Hinsichtlich dinglicher Rechte an der Waare.

Wenn der Verkaufscommissionär die Waare in Gemäßheit seiner erhaltenen Vorschrift verkauft und dem Käufer gegen Bezahlung oder auf Credit übergiebt, so überträgt er dadurch, wie bereits §. 12. erwähnt, des Committenten Eigenthum oder Usucapionsbesitz unwiderruflich auf den Käufer [1]). Ja wäre auch der Commissionär selbst, ohne es zu wissen, Eigenthümer der Waare gewesen, so könnte er doch deshalb, weil er dies späterhin entdeckt, den Verkauf nicht anfechten, vielmehr wegen des ihm dadurch verursachten Schadens sich nur an den Committenten halten [2]). In allen diesen Fällen ist der Käufer durch die **exceptio rei venditae et traditae** gegen Beide geschützt, da der Commissionär seine eignen Handlungen, deren Beweggründe Jenen nichts angehn, der Committent die auftragsgemäßen Schritte seines Machthabers nicht anfechten kann. Es ist auch denkbar, daß der Committent selbst weder Eigenthümer noch Usucapionsbesitzer der Waare gewesen, sondern von dem, der zur Verfügung darüber eigentlich berechtigt war, nur Auftrag hatte, sie zum Verkauf in Commission zu geben. Dann steht aus demselben Grunde auch diesem die nämliche Einrede wirksam entgegen. Dahin gehört auch der Fall, wenn Jemand Waaren, die ihm wegen einer Schuld verpfändet sind, zum Verkauf in Commission giebt. Hier hebt der wirkliche, dem Auftrag gemäß durch Uebergabe vollzogene Verkauf durch den

---

1) Fr. 1. §. 2. 3. D. de exc. rei v. trad. 21. 3. Fr. 14. de Public. in r. act. 6. 2.

2) Fr. 49. D. mand. v. c. 17. 1.

Commissionär sowohl das Pfandrecht des Committenten, als das Eigenthum seines Schuldners auf. Und sogar wenn dieser nicht Eigenthümer der Waare ist, der wahre Eigenthümer aber in die Verpfändung gewilligt hat, ist nach den aus dem Pfandrecht bekannten Rechtsgrundsätzen Letzterer durch die nämliche Einrede von der Vindication ausgeschlossen.

II. Bei überschrittenem oder erloschenem Auftrage.

§. 25.

a. In Ansehung der Obligationsverhältnisse gegen den Dritten.

Wenn der eigentliche Commissionär, wie gezeigt, allemal in seinem eignen Namen kauft oder verkauft, so geht es seinen Verkäufer oder Käufer auch nichts an, ob er damit seinem Auftrag gemäß gehandelt, ja selbst nicht, ob er überhaupt zu einem Geschäft dieser Art Auftrag gehabt hat, mithin auch nicht, ob der ihm ertheilte durch Widerruf oder sonst auf eine der oben beschriebenen Arten wieder aufgehoben oder kraftlos worden ist. (§. 16 f.) Der Commissionär kann sich also durch Berufung auf solche Verhältnisse zwischen ihm und seinem Committenten gegen seinen Mitcontrahenten nicht schützen.

Der Verkaufscommissionär muß sonach die einmal verkaufte Waare schlechterdings abliefern, gesetzt auch, daß die Aufhebung der Commission noch vor Abschluß des Handels, also re integra, ihm bekannt gewesen wäre. Hat der Committent die Waare schon wirklich zurückgenommen, so muß der Commissionär dennoch, wenn der Handel auf eine Quantität gewisser Gattung und Beschaffenheit gerichtet war, denselben erfüllen, er nehme die Waare, woher er wolle; ging der Handel bestimmt

auf die committirten Waaren, so ist er gehalten, dem Käufer wegen der nun unmöglich wordenen Lieferung vollen Schadenersatz zu leisten. Er ist auch dem Käufer für die Entwährung verantwortlich, falls der Committent oder dessen berechtigter Nachfolger die wider dessen Willen verkaufte Waare vindicirt. (§. 26.) Mag er auch beim Verkauf bona fide verfahren haben, weil ihm zur Zeit desselben die Erlöschung der Commission noch nicht bekannt war (in welchem Falle nach §. 26. die dinglichen Rechte des Committenten ungeschmälert bleiben), so hat er sich doch wegen seiner Entschädigung blos an den Committenten zu halten. Hat er aber auch an diesen gar keinen Regreß, weil er auftragswidrig gehandelt oder wissentlich einen bereits wieder aufgehobenen Auftrag ausgeführt hat, so mindert dies doch seine Verbindlichkeiten gegen den Käufer nicht im Geringsten.

Eben so muß der Einkaufscommissionär die einmal gekaufte Waare mit dem bedungenen Kaufschilling bezahlen, er mag nun in Folge und in Gemäßheit eines bestehenden Auftrags gehandelt haben oder nicht.

Eine actio utilis gegen einen Committenten, dessen Auftrag überschritten oder erst nachdem dem Commissionär dessen Aufhebung bekannt worden, ausgeführt worden ist, kann aber dem Dritten nie zukommen. Sie ist nicht denkbar, weil eine solche allemal von einer directen Klage einer Mittelsperson abgeleitet ist, hier aber dem Commissionär wegen dessen, was er auftragswidrig gehandelt hat, eine solche gegen den Committenten gar nicht zusteht.

Die Rechte des Committenten können dadurch, daß der Commissionär seine Obliegenheiten verletzt hat, nie verringert, nur vermehrt werden. Doch kann solche Verletzung keinen Grund abgeben, diesen aller seiner Rechte gegen den Committenten verlustig und solche Ansprüche desselben für verwirkt zu achten, die er nebenbei aus wirklich auftragsgemäßen Hand-

lungen, z. B. für Verlag von Spesen, Vorschüsse auf die Waare, Lagergeld u. dgl., haben kann. Daher fallen die Rücksichten hier nicht weg, welche verbieten, mit Uebergehung seiner dem Committenten eine unmittelbare Klage gegen den Dritten zu gestatten. Denn die wohlbegründeten Ansprüche des Commissionärs an ihn können ja leicht die Entschädigung, die derselbe ihm wegen der begangenen Pflichtwidrigkeit schuldet, übersteigen. Sonach findet die actio utilis des Committenten auch nur in den §. 22. bezeichneten Fällen Statt. Dagegen kann ein Commissionär, dem solche Pflichtwidrigkeit zur Last fällt, den Committenten nie und in keinem Fall an den Dritten verweisen oder durch Abtretung seiner Klage gegen diesen befriedigen.

Wenn der Commissionär nicht blos eigenmächtig und vorschriftwidrig in Ausführung der Commission, sondern vor oder nach Vollendung derselben betrügerisch gegen den Committenten verfährt, kann dieser deshalb keine Ansprüche an irgend einen daran unschuldigen Dritten machen. Denn dergleichen Handlungen stehen, wenn sie auch erst durch den aufgetragenen Kauf oder Verkauf möglich worden sein sollten, doch in keiner rechtlichen Beziehung zu diesen Geschäften. So kann also der Käufer von Commissionswaaren nie deshalb in Anspruch genommen werden, weil der Commissionär etwa das gezahlte Kaufgeld unterschlagen und dann fallirt hat; derjenige, welcher an einen Einkaufscommissionär Waaren abgelassen hat, nie deshalb, weil derselbe sie dem Committenten vorenthalten und in seinen eignen Nutzen verwendet hat. Diese Personen sind durch die Zahlung oder Ablieferung liberirt; der Commissionär selbst hat keine Klage mehr gegen sie, mithin auch nicht der Committent. — Auch wenn die unredliche Gebahrung des Commissionärs mittelst eines Contracts mit einem Dritten bewerkstelligt wurde, dieser Dritte aber von dem Dolus seines Mitcontrahenten nichts wußte, kann der Committent an diesen keine persönlichen Ansprüche

machen. Denn ein solcher Contract ist nicht in Folge des von ihm ertheilten Auftrags geschlossen, er kann also auch den Commissionär nicht nöthigen, ihn gerade durch Abtretung der Contractsklage zu entschädigen; folglich kann er auch deshalb keine actio utilis haben. Vielmehr kann er zu einer Klage gegen den Dritten nur dann gelangen, wenn der auf Entschädigung ausgeklagte Commissionär diese nicht durch Zahlung leistet, sondern es zur Execution kommen läßt, und nun die ihm etwa aus dem Contracte mit dem Dritten noch zustehende Forderung vom Committenten zum Hilfsgegenstande angegeben wird. Hat also z. B. ein Einkaufscommissionär die eingekaufte Waare, anstatt sie an den Committenten zu schicken, verkauft, so ist er, wenn der Käufer nicht wußte, daß er Fremdes kaufe, allein des Committenten Schuldner; nicht nur, wie sich von selbst versteht, wenn er das Kaufgeld erhoben und verthan hat, sondern auch wenn es noch außensteht. Fallirt er, so muß der Committent bei seinem Concurse liquidiren, die Kaufgeldsforderung aber gehört dem Concurse und der Committent kann sie gegen den Käufer nicht geltend machen [1]); obwohl er die Waare selbst, wenn sie noch in dessen Besitz ist, bei ihm, so wie überhaupt, wo er sie sonst findet, vindiciren kann. (S. §. 26.) Geschieht Letzteres und der Käufer muß die Waare herausgeben, so hat er, wenn er das Kaufgeld noch schuldig ist, gegen seinen Verkäufer oder dessen Concursvertreter eine gegründete Einrede; hat er aber schon bezahlt, oder hat er die Waare zu Deckung einer Schuld des unredlichen Commissionärs empfangen, so muß er sich deshalb an ihn halten oder bei seinem Concurse liquidiren.

---

1) S. die Recension von Kleins Annalen der Gesetzgebung in den Preußischen Staaten, in den Götting. Gel. Anzeigen v. 1791. S. 1307. Andrer Meinung ist aus unzureichenden Gründen Püttmann a. a. O. S. 181.

§. 26.
b. In Beziehung auf dingliche Rechte an der Waare.

Hat ein Commissionär wissentlich oder schuldvoll gegen den ausdrücklichen Inhalt des erhaltenen Auftrags oder gegen die ihm bekannt gewordene Zurücknahme desselben gehandelt, so sind seine Handlungen gegen den Committenten offenbar von gar keiner Wirkung. Der Verkaufscommittent kann also Waaren, die unter dem Limito [1]) oder sonst auf eine seiner Vorschrift zuwiderlaufende Weise, z. B. an einen gewissen Mann, an den zu verkaufen der Committent ihm untersagt hatte [2]), oder auf Credit, da dies ihm ausdrücklich verboten war [3]), oder nachdem die Erlöschung oder der Widerruf der Commission dem Commissionär bekannt war, verkauft worden sind, ganz unzweifelhaft von jedem Dritten vindiciren [4]). Nur wenn bei überschrittenem Auftrag dem Committenten die Verkaufsbedingungen, welche er selbst gestellt hat, noch gewährt werden, es sei nun von dem Käufer oder dem Commissionär, kann Ersterer die **exceptio rei venditae et traditae** ihm mit Erfolg entgegensetzen [5]). Auch findet dieses Vindicationsrecht nicht in Folge aller und jeder pflichtwidriger Handlungen des Commissionärs Statt, sondern nur bei Ueberschreitung ausdrücklicher und gemessener Vorschriften und nach wirklicher Aufhebung der Commission. Wenn z. B. der Commissionär zu dem limitirten Preise verkauft hat, aber leicht einen bessern hätte erlangen können, oder wenn er

---

1) Fr. 5. §. 3. 4. mand. v. c. 17. 1.

2) Fr. 63. pr. de contr. emt. 18. 1.

3) Fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. 21. 3. Andrer Meinung ist Riccius a. a. O. §. 7. S. 29.

4) Andrer Meinung ist Pöhls a. a. O. S. 262, aus Aberglauben an das vermeinte gemeine deutsche Recht: Hand muß Hand wahren.

5) Fr. 5. §. 3. 4. mand.

auf Credit verkauft hat, da es ihm weder erlaubt noch verboten war, so ist er zwar deshalb dem Committenten verantwortlich (s. §. 7. 12.), dem Käufer aber kann dieser die Waaren nicht entziehen [6]).

So versteht es sich denn auch, daß der Einkaufscommittent, wenn der Commissionär die Waare unterschlagen und verkauft hat, sie als sein Eigenthum (§. 12.) von dem Käufer und jedem dritten Besitzer vindiciren kann.

Der Verkaufscommittent kann jedoch auch dann, wenn der Commissionär einen aufgehobenen Auftrag **bona fide**, d. h. ehe ihm die Aufhebung bekannt wurde, ausgeführt hat, dessenungeachtet von seinem Vindicationsrechte Gebrauch machen und es steht ihm dann die **exceptio rei venditae et traditae** nicht entgegen [7]). Denn die Uebergabe, durch welche allein die Uebertragung des Eigenthums bewirkt wird, kann diese Wirkung nicht haben, wenn nicht gleichzeitig mit ihr der auf solche Uebertragung gerichtete Wille des Eigenthümers Statt findet. Der Commissionär, der nach aufgehobener Commission die Waare verkauft und übergiebt, unternimmt also etwas ihm Unmögliches, indem er den Käufer zum Eigenthümer zu machen beabsichtigt; daß er in der Meinung steht, dazu noch im Stande zu sein, kann nichts ändern. Der Käufer hat sich wegen der Entwährung nur an den Commissionär zu halten, und es geht ihn nichts an, ob dieser seinen Regreß wieder an den Committenten nehmen könne oder nicht, was er jedoch nach §. 16. in dem angenommenen Falle allerdings kann. Eben so verhält sich's nach §. 22. mit der actio emti gegen den Commissionär, wenn er

---

6) Fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. 21. 3.

7) Fr. 41. D. de R. C. 12. 1. Fr. 25. §. 14. de acqu. v. amitt. hered. 29. 2. Fr. 4. pr. de manum. vindicta. 40. 2. Diese Gesetzstellen machen eigentlich jede Widerlegung der abweichenden Meinungen Strycks (Us. mod. ad Tit. mandati §. 7.), Leysers (Med. ad P. sp. 180 med. 4.) und Pöhls (a. a. O. S. 253) überflüssig.

nach erfolgter, aber ihm noch unbekannter Aufhebung der Commission verkauft, jedoch noch nicht übergeben hat. Er darf nun zwar den Contract nicht erfüllen, ist jedoch dafür dem Käufer verantwortlich, und hat sich deshalb an den Committenten regreßweise zu halten. Hat der Käufer hier unstreitig nach seiner Wahl auch eine **actio institoria utilis** gegen den Committenten, so ist ihm auch, als Besitzer nach erfolgter Uebergabe, eine Einrede gleichen Inhalts nicht abzusprechen; nur kann selbige nie auf das Behalten des Eigenthums, sondern immer nur auf Entschädigung gehn, obwohl ihm, bis ihm diese gewährt wird, ein Retentionsrecht an der Waare allerdings zustehen muß. Die **actio utilis** kann sich jedoch nie weiter erstrecken, als die Ansprüche, die der Commissionär durch **actio mandati contraria** gegen den Committenten geltend machen könnte; denn der einzige Grund der Verbindlichkeit des Letztern ist ja eben der von ihm ertheilte Auftrag. Nun kann aber der Commissionär nur für das, was er dem Dritten wirklich zahlen muß, auf den Committenten zurückgehn; mithin kann, wenn der Commissionär fallirt, ehe er das erhobene Kaufgeld demselben gewährt hat, dem Gütervertreter nur wegen so viel, als dem Dritten aus dem Concurse zugetheilt wird, der Regreß zustehen. Da nun dies nicht eher gewiß ist, als wenn es zur Vertheilung der Masse kommt, sodann aber der Käufer entweder so weit, als er es auch von dem Committenten nur verlangen könnte, befriedigt, oder durch seine eigne Schuld präcludirt ist, so folgt, daß in dem angenommenen Falle eine **actio utilis** des Käufers gegen den Committenten gar nicht zulässig ist. Kommt also aus dem Concurse des Commissionärs gar nichts für den Käufer heraus, so muß er den Schaden allein tragen. — Glück[8]) ist der Meinung, daß Handlungen, die der Mandatar nach Aufhebung des Mandats, ohne von derselben zu wissen, unternimmt, nur insofern vom Mandanten angefochten werden können, als

8) Erläut. der Pand. Th. 15. S. 356 f.

dadurch einem Dritten ein Vortheil erwachse, nicht aber wenn derselbe dadurch von einer Verbindlichkeit befreit werde. Letzteres ist ganz richtig, weil der Committent gegen den Dritten, mit welchem der Commissionär contrahirt hat, gar keine selbstständigen persönlichen Rechte hat und die Aufhebung der Verbindlichkeiten des Dritten gegen den Commissionär durch deren Erfüllung oder Erlaß allemal geschieht, ohne daß auf den Willen des Committenten dabei etwas ankäme. Aber die Annahme: „wenn der Dritte sich einer Verbindlichkeit entledigen will", erschöpft nicht den Gegensatz der andern: „wenn er einen Vortheil zu ziehen sucht." Will nun Glück, wie es scheint, sagen, daß nur in diesem Falle die Veräußerungen, die der Mandatar bewirkt hat, vom Mandanten angefochten werden könnten, so muß ihm hierin widersprochen werden. Auch wenn der Dritte, namentlich der Käufer der Commissionswaare, die nach dem Willen des Committenten oder seines Nachfolgers nun nicht mehr verkauft werden sollte, davon, daß die Waare ihm entzogen wird, offenbaren Schaden hat, kann dies doch das Vindicationsrecht des Committenten, also dessen Befugniß, das vom Commissionär Gethane rückgängig zu machen, nicht ändern, und obwohl der dritte Besitzer in der Regel wegen seines Schadens auf die eben angegebene Weise, mittelbar oder auch unmittelbar auf Kosten des Committenten, sich erholen kann, so giebt es doch nach dem Vorstehenden auch Fälle, worin solcher Schädenanspruch sehr bedingt und beschränkt, ja gänzlich ausgeschlossen sein kann, ohne daß deshalb das Vindicationsrecht wegfällt.

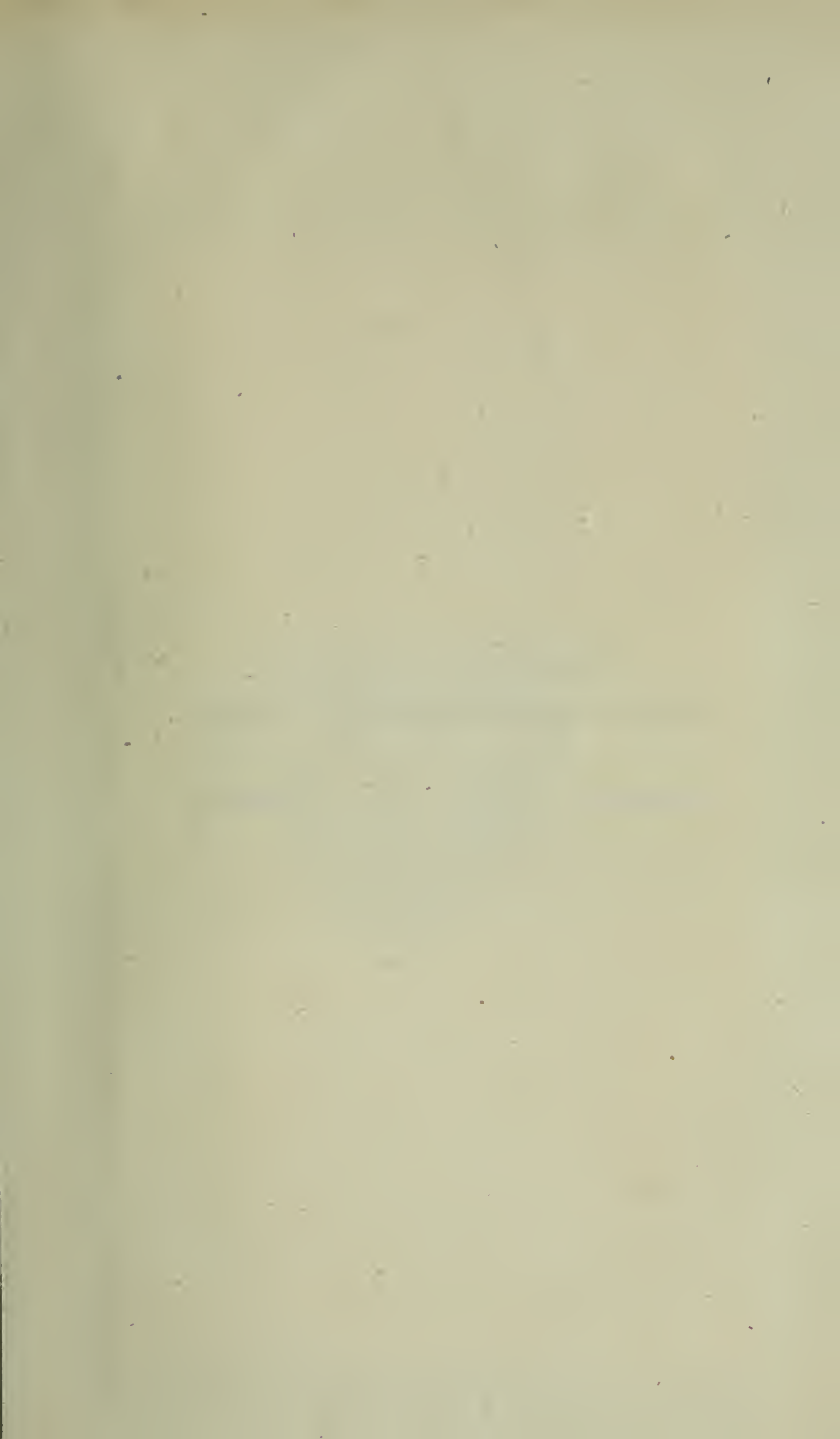
Dieses Vindicationsrecht des Committenten hört nun zwar auf, sobald der Käufer oder dessen Nachfolger im Besitze die Waare ersessen hat; indeß kann er gegen diese Ersitzung, wenn ihm besondere dazu ausreichende Gründe, z. B. Abwesenheit, zur Seite stehen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen. So z. B. auch wenn der Erbe des Commissionärs die Waare, als eine vom Erblasser feil gehaltene, bona fide, obwohl durch

dessen Tod der Auftrag erloschen war, verkauft und der Käufer sie bereits die Verjährungszeit hindurch besessen hat[9]), welche bekanntlich bei beweglichen Dingen gemeinrechtlich auf drei Jahre (in Sachsen auf ein Jahr 6 Wochen und 3 Tage) festgesetzt ist. Denn — so heißt es in dem angezogenen Fragment des Papinianus — die (auf die Ersitzung gegründete) **exceptio justi dominii** ist nur unter angemessenen Umständen, welche der Richter zu erwägen hat (**causa cognita**) zuständig (also nicht gegen den Eigenthümer, der sein Recht an der Sache wahrzunehmen verhindert war und nun nach Wegfall dieses Hindernisses — **e provincia reversus** — die Waare durch die Publicianische Klage vindicirt[10]). Zwar scheint Papinian im gleich Folgenden den Grund, weshalb ihm die Ersitzung nicht entgegenstehen könne, darin zu suchen, daß er durch den Irrthum oder die Unwissenheit der Erben nicht Schaden leiden dürfe, nachdem er nicht ihnen, sondern nur ihrem Erblasser persönlich, Vertrauen geschenkt habe. Aber dieser Grund würde, zu einem allgemeinen Satze erhoben, in allen Fällen die Acquisitivverjährung ausschließen; denn sie ist ja eben nur da zur Erwerbung des Eigenthums nöthig, wo die Sache wider Willen des Eigenthümers aus dessen Händen gekommen ist, da er, was mit seinem Willen geschehen ist, ohne Weiteres anerkennen und gelten lassen muß. Daher kann der eigentliche Grund der Entscheidung im Fr. 57. nur in der angenommenen Abwesenheit des Eigenthümers gefunden werden.

9) Fr. 57. D. mand. v. c., wo unstreitig statt der Florentinischen Lesart: non utiliter, non inutiliter zu lesen oder das non herauszuwerfen ist, wie schon Ant. Augustinus, Zoanetus, Roussard, Ranconet und Charondas eingesehen haben.

10) Vgl. Zimmern, im Rheinischen Museum Bd. II. S. 317.

Druck von Philipp Reclam jun.






UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 06 23 04 006 6